

Cláusulas abusivas en la adquisición de vivienda

Un análisis integrativo del Derecho español a través del Derecho comunitario y del Derecho europeo y comparado

Javier Domínguez Romero

INDICE

<i>Abreviaturas</i>	9
---------------------------	---

<i>Acrónimos de revistas y publicaciones jurídicas</i>	17
--------------------------------------------------------------	----

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN. VIVIENDA COMO BIEN Y COMO DERECHO

1.1. BIEN DE CONSUMO Y BIEN SOCIAL: ACTUACIÓN LEGISLATIVA	21
-----------------------------------------------------------------	----

1.2. DERECHO A LA VIVIENDA; PROTECCIÓN JUDICIAL	32
-------------------------------------------------------	----

1.3. CONCLUSIONES INTERMEDIAS	38
-------------------------------------	----

Capítulo 2

CUESTIONES NUCLEARES. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN Y CONTORNOS DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

2.1. PLANTEAMIENTO. UNIFICACIÓN Y ACTUALIZACIÓN NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA	40
-----------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.2. CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE	49
----------------------------------------------------	----

2.2.1. Rasgos característicos, con especial referencia a los instrumen- tos de modernización	50
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.2.2. Precisiones conceptuales. <i>Onus probandi</i> de la negociación, en el sistema nacional y en el moderno Derecho contractual europeo	57
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.2.3. ¿Un sistema de control extendido a las cláusulas negociadas? El ejemplo británico	63
---------------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.3. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL CARÁCTER ABUSIVO Y FACTORES DETERMINANTES PARA SU APRECIACIÓN	70
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.3.1. Parámetros y factores de control en Derecho comunitario y nacional, así como en los instrumentos modernizadores	72
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.3.2. Interpretación jurisprudencial comunitaria y nacional	86
--------------------------------------------------------------------	----

A) Desequilibrio contractual importante y factores ponderativos	88
B) Desequilibrio contrario a la buena fe y contextualización. Referencia a las cláusulas sorprendentes	90
2.4. LÍMITES A LA CONSIDERACIÓN DE ABUSIVIDAD	96
2.4.1. Cláusulas declarativas	97
A) Matices a la exclusión	103
B) Servicios públicos	106
2.4.2. Cláusulas sobre elementos esenciales	113
A) Objeto principal del contrato, relación calidad-precio y transparencia: aclaraciones al respecto	119
A.I) Elementos <i>ex</i> artículo 4.2 Directiva 93/13: interpretación del Tribunal de Justicia y enfoques determinativos	120
A.II) Alcance de la exigencia de transparencia	125
B) La exención de contraste de abusividad en el <i>Soft Law</i> y en Reino Unido	131
C) La operatividad de la exención en España. Especial referencia al “control de transparencia”	142
C.I) Discusión nacional previa a la Sentencia del Tribunal de Justicia <i>Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid</i>	142
C.II) Pronunciamiento del Tribunal de Justicia y ulteriores resoluciones del Tribunal Supremo	148
2.5. CONCLUSIONES INTERMEDIAS	169

Capítulo 3

CONTROL DE OFICIO. SANCIONES Y CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD

3.1. CONTROL DE OFICIO DEL CARÁCTER ABUSIVO	172
3.1.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el examen <i>ex officio</i> de las cláusulas abusivas	172
A) De la inicial atribución <i>facultativa</i> a <i>deber</i> judicial	172
B) Control <i>imperativo</i> y primer límite. Examen en monitorio	176
C) Debate contradictorio (segundo límite) y control en apelación	182
D) Examen en sede ejecutiva	185
3.1.2. Traslación nacional de la doctrina comunitaria	187
A) Monitorio	189
B) Ejecución	193
C) Apelación	198
3.2. SANCIÓN A LA ABUSIVIDAD Y CONSECUENCIAS: SISTEMA NACIONAL Y MODERNIZADOR EUROPEO DESDE LA JURISPRUDENCIA	204
3.2.1. Mecanismo correctivo y efectividad de su declaración judicial	205
A) Carencia vinculatoria de la cláusula abusiva	205
B) Eficacia retroactiva de la declarada nulidad de la cláusula y la controvertida posibilidad de su limitación	214
3.2.2. El contrato desprovisto de contenido abusivo	225
A) Fundamento y naturaleza de la regla de nulidad parcial ...	228
B) Criterios sobre la subsistencia del contrato parcialmente nulo	234
B.I) Planteamiento. <i>Statu quo</i> nacional	234

B.II) Jurisprudencia comunitaria y consideraciones al respecto	237
B.III) Criterios adoptados por los instrumentos modernizadores	241
C) Reglamentación sustitutiva	246
C.I) Integración y moderación vedadas por la jurisprudencia comunitaria. Consideraciones al respecto	247
C.II) Integración admitida por el Tribunal de Justicia. Situación nacional con la reforma operada por Ley 3/2014 ...	256
3.3. CONCLUSIONES INTERMEDIAS	264

Capítulo 4

CLAUSULADO ABUSIVO EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y PRÉSTAMO HIPOTECARIO SUSCRITOS PARA VIVIENDA

4.1. PLANTEAMIENTO	265
4.2. APUNTES SOBRE EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NACIONAL, COMUNITARIO Y MODERNIZADOR EUROPEO	269
4.3. TIPOLOGÍA DESTACABLE EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA	272
4.3.1. Atribución de competencia jurisdiccional: sumisión expresa ...	272
A) Tratamiento nacional y comunitario. Apreciación de oficio de su carácter abusivo y problemática procesal	272
B) Tratamiento en el moderno Derecho contractual europeo ...	277
4.3.2. Retención de cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda: arras y pena convencional	279
A) Planteamiento y precisiones conceptuales	279
B) Retención por renuncia a la celebración o a la ejecución del	

contrato	285
C) Retención por incumplimiento resolutorio	287
4.3.3. Alteraciones durante la construcción: facultad de modificación unilateral y declaración de conformidad predispuesta ...	292
A) Visión panorámica y derecho de información	292
B) Potestad reservada de variación	296
C) Emisión de irreal aquiescencia	299
4.3.4. Plazo de entrega de la vivienda	302
A) Acerca de la esencialidad de la puntual entrega y el control de abusividad	302
B) Irregularidades sobre el tiempo de cumplimiento y análisis de su eventual carácter abusivo	310
4.3.5. Repercusión de gastos al consumidor adquirente de vivienda	314
A) Consideraciones generales	314
B) Gastos tributarios. Especial referencia a la plusvalía municipal	318
C) Gastos relativos a la implantación de servicios necesarios	325
D) Gastos para preparar la titulación de la compraventa	327
D.I) Delimitación con los gastos de escrituración y su posible abusividad	327
D.II) Gastos relacionados con el <i>préstamo promotor</i> . Imposición de subrogación hipotecaria	332
D.III) Otros gastos preparatorios de la titulación	339

4.4. TIPOLOGÍA DESTACABLE EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO QUE FINANCIA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA	346
4.4.1. Consideraciones comunes: marco normativo. Análisis crítico de la regulación relativa a la <i>financiación no bancaria</i> y los servicios de intermediación financiera	346
4.4.2. Estipulaciones que rigen el pago del préstamo	358
A) Sistema amortizativo. Especial referencia al <i>sistema francés</i> y la amortización negativa	358
B) Base de cálculo de intereses ordinarios. Consideración especial del <i>método 365/360</i>	368
C) Cláusula suelo	379
C.I) Consideración de condición general susceptible de control en el ámbito de tutela de los consumidores	380
C.II) Criterios jurisprudenciales sobre su carácter abusivo ...	385
4.4.3. Intereses de demora y pacto de anatocismo	390
A) Cláusula de interés moratorio	391
A.I) Regulación nacional y modernizadora europea sobre los intereses de demora	391
A.II) Límite legal en préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual y cuestionamiento comunitario acerca del recálculo de intereses	395
A.III) Valoración de su eventual carácter abusivo y consecuencias de apreciarlo desde la jurisprudencia comunitaria y nacional	400
B) Cláusula de capitalización de intereses	404
B.I) Tratamiento nacional (vigente y propuesto) del anatocismo y prohibición de capitalizar ciertos intereses morato-	

rios	404
B.II) Intereses anatocísticos en el moderno Derecho contractual europeo	407
B.III) Consideración de abusividad del pacto de anatocismo	408
4.4.4. Vencimiento anticipado del préstamo hipotecario	410
A) Por impago de términos amortizativos y primas de seguros	411
A.I) La estipulada facultad de anticipar el vencimiento por incumplimiento del prestatario: criterios jurisprudenciales (nacional y comunitario) sobre su licitud y traslación a la tipología objeto de análisis	411
A.II) Ejecución hipotecaria e intereses futuros: cuestiones de abusividad en la reclamación asociada al vencimiento por impago de cuotas del préstamo	417
A.III) Suscripción de seguros y <i>cross default</i>	423
B) Por no inscripción registral de la hipoteca, actos de disposición sobre el bien objeto de garantía y alteraciones en el patrimonio acreditado	427
4.5. CONCLUSIONES INTERMEDIAS	430
 Capítulo 5	
<i>DIMIDIUM FACTI, QUI COEPIT, HABET. CONCLUSIONES FINALES</i>	432
<i>Tabla de resoluciones citadas</i>	436
<i>Bibliografía</i>	452

ABREVIATURAS

Abs.	<i>Absatz</i> = apartado [referencia en § BGB]
AC	<i>Appeal Cases</i> (Reino Unido)
ACQP	<i>Acquis Principles</i> [del ACQUIS GROUP]
AGBG	<i>Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen</i> = Ley alemana de 1976 sobre condiciones generales de la contratación
AH	Antecedente de Hecho
AJD	Actos Jurídicos Documentados
AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AJPI (I)	Auto del Juzgado de Primera Instancia (e Instrucción)
AP (AAPP)	Audiencia (s) Provincial (es)
aptdo (s).	apartado (s)
APTJ (AAPTJ)	Auto (s) del Presidente del Tribunal de Justicia
art (s).	artículo (s)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS (AATS)	Auto (s) del Tribunal Supremo
BCE	Banco Central Europeo
BdE	Banco de España
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> = Código Civil alemán
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> = Boletín Oficial Federal alemán
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> = Tribunal Supremo Federal alemán
BIS	<i>Department for Business, Innovation and Skills</i> (Reino Unido)

BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> = Código Civil holandés
B2B	<i>Business-to-business</i> = entre profesionales
B2C	<i>Business-to-consumer</i> = entre profesional y consumidor
C2C	<i>Consumer-to-consumer</i> = entre particulares
CBE	Circular del Banco de España
CC	Código Civil
CdC	Código de Comercio
CDFUE	Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea
CEC	<i>Code européen des contrats</i> = Código europeo de contratos (Código de Pavía)
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CESL	<i>Common European Sales Law</i> = normativa común de compraventa europea
CESLR	<i>Regulation on Common European Sales Law</i> = Reglamento de normativa común de compraventa europea
cfr.	compárese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CISG	<i>Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i> = Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980)
CRA	<i>Consumer Rights Act 2015</i> (Reino Unido)
CSE	Carta Social Europea revisada de 1996

C.consom.	<i>Code de la consommation</i> = Código de consumo francés
DA	Disposición Adicional
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> [del STUDY GROUP y el ACQUIS GROUP]
DCRM	Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (BdE)
DD	Disposición Derogatoria
DF	Disposición Final
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
Dir.	Directiva
DO	Diario Oficial de las Comunidades Europeas/Diario Oficial de la Unión Europea (desde 1.2.2003)
DT (DDTT)	Disposición (es) Transitoria (s)
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional
EFC	Establecimientos Financieros de Crédito
EG	EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW (EXPERT GROUP)
EM	Exposición de Motivos
EWHC	<i>England and Wales High Court</i> (Reino Unido)
FJ (FFJJ)	Fundamento (s) Jurídico (s)
FMI	Fondo Monetario Internacional
FS (rev.)	<i>Feasibility study for a future instrument in European Contract Law</i> , 3.5.2011 (<i>Revised version</i> , 19.8.2011) [del EXPERT GROUP]
i.a.	entre otras/otros
ib.	en el mismo lugar
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
JM	Juzgado de lo Mercantil

JPI	Juzgado de Primera Instancia
JPII	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
LAr. (/88)	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje)
LC/SCL	THE LAW COMMISSION / THE SCOTTISH LAW COMMISSION
LCC	Ley de Crédito al Consumo -Ley 7/1995, de 23 de marzo-
LCCC	Ley de Contratos de Crédito al Consumo -Ley 16/2011, de 24 de junio-
LCD	Ley de Competencia Desleal -Ley 3/1991, de 10 de enero-
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación -Ley 7/1998, de 13 de abril-
LCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -Ley 26/1984, de 19 de julio-
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil -Ley 1/2000, de 7 de enero-
LGT	Ley General Tributaria -Ley 58/2003, de 17 de diciembre-
LH	Ley Hipotecaria -aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946-
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido -Ley 37/1992, de 28 de diciembre-
PLRLEC	Proyecto de Ley de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -aprobado por la Comisión de Justicia el 17.6.2015-
LMPC	Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y usuarios -Ley 44/2006, de 29 de diciembre-
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación -Ley 38/1999, de 5 de noviembre-
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial -L.O. 6/1985, de 1 de julio-
LOSSEC	Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito -Ley 10/2014, de 26 de junio-
LOUA	Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía -Ley 7/2002, de 17 de diciembre-

LPCC	<i>Loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur</i> = Ley belga de 1991 sobre prácticas comerciales y protección del consumidor
LPH	Ley de Propiedad Horizontal –Ley 49/1960, de 21 de julio–
LSMPH	Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios –Ley 2/1994, de 30 de marzo–
MCR	Marco Común de Referencia
n.	nota
Nr.	<i>Nummer</i> = número [referencia de BGBl. y en § BGB]
OFT	OFFICE OF FAIR TRADING
OM	Orden Ministerial
op. cit.	obra citada
op. ult. (loc.) cit.	última obra (y lugar) citada (citados)
OPTC	Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios – Orden EHA/2988/2011, de 28 de octubre–
p (pp).	página (s)
PCC	<i>Principes Contractuels Communs</i> [de la ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y la SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE]
PCM	Propuesta de Código Mercantil [de la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN – SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL]
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> [de la LANDO COMMISSION]
pfo (s).	párrafo (s)
PICC	<i>Principles of International Commercial Contracts</i> = Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales
PLCGC	Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1997

PMCC	Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos [de la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO CIVIL]
pto (s).	punto (s)
QB	<i>Queen's Bench Division</i> (Reino Unido)
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDGT	Resolución de la Dirección General de Tributos a consulta tributaria
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
RDUa	Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía -aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo-
RH	Reglamento Hipotecario -aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947-
RICVA	Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía -aprobado por Real Decreto 218/1005, de 11 de octubre-
RITPAJD	Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo-
Reg.	<i>Regulation</i> = regla [referencia en UTCCR]
RPE 2014	Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea
RPTJ	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia
S.	<i>Satz</i> = inciso [referencia en § BGB] / <i>Seite</i> = página [referencia en BGBI.] / <i>Section</i> [referencia en UCTA, UCTB y CRA]
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

SAREB	Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria
Secc.	Sección
SGA	Sociedad de Gestión de Activos
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
ss.	siguientes
St.	Sentencia
STC (SSTC)	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
STEDH (SSTEDH)	Sentencia (s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJ (SSTJ)	Sentencia (s) del Tribunal de Justicia
STS (SSTS)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
t.	tomo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (desde 1.11.1993 hasta 1.12.2009)
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (desde 1.1.1958 hasta 1.11.1993)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJ	Tribunal de Justicia (<i>de las Comunidades Europeas</i> , hasta 1.12.2009; <i>de la Unión Europea</i> , a partir de tal fecha)
TRLCI	Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario -aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo-

TRL CSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre–
TRL CU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre–
TRL HL	Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales – aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo–
TRLITPAJD	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre–
TRL S	Texto Refundido de la Ley de Suelo –aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de junio–
TS	Tribunal Supremo
UCTA	<i>Unfair Contract Terms Act 1977</i> (Reino Unido)
UCTB	<i>Draft Unfair Contract Terms Bill</i> (Reino Unido)
UE	Unión Europea
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords</i>
UKSC	<i>United Kingdom Supreme Court</i>
UTCCR	<i>Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations</i> (Reino Unido)
v.g.	por ejemplo
vid.	véase

ACRÓNIMOS DE REVISTAS Y PUBLICACIONES JURÍDICAS

AC	Aranzadi Civil (Cizur Menor)
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i> (Tubinga)
AC-M	Aranzadi Civil-Mercantil (Cizur Menor)
ADC	Anuario de Derecho Civil (Madrid)
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid)
Am.U.L.Rev.	<i>The American University Law Review</i> (Washington)
ASN	Academia Sevillana del Notariado (Madrid)
BCI	Boletín de Contratación Inmobiliaria (Madrid)
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia (Madrid)
CBP	<i>Commons Briefing papers</i> (House of Commons Library, Londres)
CCJC	Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil (Madrid)
CdF	Cuadernos de Formación (Madrid)
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial (Madrid)
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional (Madrid)
CESCO	Centro de Estudios de Consumo (Univ. Castilla-La Mancha)
CLJ	<i>Cambridge Law Journal</i> (Univ. Cambridge)
CML Rev.	<i>Common Market Law Review</i> (Leiden)
Col. L. Rev.	<i>Columbia Law Review</i> (Nueva York)
Contr. e impr.	<i>Contratto e impresa</i> (Bologna)
CSECL-WPS	<i>Centre for the Study of European Contract Law, Working Papers Series</i> (Amsterdam)
DLL	Diario La Ley (Madrid)
EC	Estudios sobre Consumo (Madrid)

EL Rev.	<i>European Law Review</i> (Londres)
EPR	<i>Economic Policy Review</i> (Nueva York)
ERCL	<i>European Review of Contract Law</i> (Berlín)
ERPL	<i>European Review of Private Law</i> (La Haya)
EUI – LWP	<i>European University Institute, LAW Working Papers</i> (Florencia)
Eur. dir. priv.	<i>Europa e diritto privato</i> (Milán)
F&D	<i>Finance & Development</i> (Washington, DC)
GPR	<i>Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht</i> (Munich)
ICCAA	Informe Comunidades Autónomas (Barcelona)
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i> (Londres)
IMFWP	<i>IMF Working Paper</i> (Washington, DC)
Ind. L.J.	<i>Indiana law journal</i> (Indianápolis)
InDret	InDret: Revista para el Análisis del Derecho (Barcelona)
J. Bus	<i>The Journal of Business</i> (Chicago)
JCP. G	<i>La Semaine juridique. Édition générale</i> (París)
JEL	<i>Journal of Economic Literature</i> (Pittsburgh)
JLE	<i>Journal of Law and Economics</i> (Chicago)
JZ	<i>JuristenZeitung</i> (Tubinga)
LQR	<i>Law Quarterly Review</i> (Londres)
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i> (Colonia)
NJCL	Nordic Journal of Commercial Law (Univ. Turku)
NUE	Noticias de la Unión Europea (Madrid)
QF	<i>Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno</i> (Milán)
QJE	<i>The Quarterly Journal of Economics</i> (Oxford)

RAD	Revista Aranzadi Doctrinal (Cizur Menor)
Rass. dir. civ.	<i>Rassegna di diritto civile</i> (Nápoles)
RUE	Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación (Cizur Menor)
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid)
RCDP	Revista catalana de dret públic (Barcelona)
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursatil (Madrid)
RDC	Revista de Derecho Civil (Madrid)
RDM	Revista de Derecho Mercantil (Madrid)
RdP	Revista de Derecho Patrimonial (Cizur Menor)
RDPO	Revista de Derecho Político (Madrid)
RDPR	Revista de Derecho Privado (Madrid)
REDUE	Revista de Derecho de la Unión Europea (Madrid)
REDUR	Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (Logroño)
Rev. Econ. Stud.	<i>The Review of Economic Studies</i> (Oxford)
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (Granada)
RGD	Revista General de Derecho (Madrid)
Riv. dir. civ.	<i>Rivista di diritto civile</i> (Padua)
RTDciv.	<i>Revue Trimestrielle de droit civil</i> (París)
Sc.St.L.	<i>Scandinavian Studies in Law</i> (Estocolmo)
SPCS	Seminario Permanente de Ciencias Sociales (Univ. Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca).
Unif. L. Rev.	<i>Uniform Law Review</i> (Oxford)

U.PA.L.Rev. *University of Pennsylvania Law Review* (Philadelphia)

ZEuP *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (Munich)

ZIP *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Colonia)

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN. VIVIENDA COMO BIEN Y COMO DERECHO

1.1. BIEN DE CONSUMO Y BIEN SOCIAL: ACTUACIÓN LEGISLATIVA

La adquisición de vivienda es el acto de consumo más trascendental en la vida de los ciudadanos. Esta afirmación parte de la concepción de la *vivienda* como *bien de consumo*, como aquel que satisface directamente una necesidad humana (en contraposición con el utilizado con fines mediatos, comerciales), cual es el desarrollo libre de la propia personalidad mediante una existencia digna. Su trascendencia, por tanto, además de económica –que la tiene y mucho para la mayoría de consumidores–, es primordialmente social; en consecuencia, no se puede igualar la vivienda a cualquier bien de consumo, pues estamos ante un *bien social*.

Desde esta perspectiva, el Estado debe proteger a sus ciudadanos en las operaciones de consumo –aunque solo fuere en pro de la expansión económica y prosperidad nacional–, y de hecho España pretende hacerlo mediante dos normas básicas, la *Ley de condiciones generales de la contratación* (en adelante, LCGC) y el *Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (en adelante, TRLCU); pero también debe promover el acceso a la vivienda como parte de las políticas sociales del país, y aquí el déficit es enorme, priorizándose las corrientes de capital que han venido inundando el mercado inmobiliario privado, frente a un insuficiente parque de viviendas públicas para compra o alquiler subvencionado y una escasez de suelo edificable a precios asequibles.

Donde prevalece la concepción de la vivienda como activo económico, el Mercado asume el papel de portador de la racionalidad convirtiendo el espacio en mercancía¹. Se trata de una posición –indisimulada años atrás en que se alentaba el impulso promocional privado como motor de la economía española– que poco tiene en cuenta la interdependencia existente entre los distintos derechos humanos, porque tal

¹ GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.J., “La Ciudad en Clave de Riesgo”, en ROSILLO MARTÍNEZ, A. *et al.*, *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Porto Alegre, 2008, p. 455. En la misma obra, WOLKMER, A.C. (“Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos”), p. 185, apunta críticamente que los principios inspiradores de la economía globalizada eximen al Estado, con su adopción, de grandes parcelas de responsabilidad, limitando al mínimo su intervención en aras de aquellos.

existencia demanda una intervención estatal que colisiona con la supremacía del sector financiero, característica del proceso de globalización económica².

Dicho proceso se trata de dulcificar como liberador de una ciudadanía acosada por el Leviatán hobbesiano, cuando realmente el monstruo “carece de contundentes garras frente a quienes detentan importantes poderes sociales y económicos”³. Cuanto más se ha dejado al Mercado, en clara abstención estatal, la satisfacción del derecho a la vivienda –que luego trataremos–, mayor ha sido el incremento del precio de la misma, y con ello la cantidad de préstamos hipotecarios y el sobreendeudamiento. El resultado es de todos conocido.

El problema no es solo que ni antes ni mucho menos ahora (con una crisis que deja poco margen al Estado) exista una política legislativa que promocióne como debiera el acceso a la vivienda, sino que tampoco hay voluntad política para proteger *decididamente* a quienes compraron cuando el crédito fluía al mismo ritmo que las promociones inmobiliarias privadas. Ciertó es que, desde que fuera evidente la alarma social generada por la imposibilidad –fáctica o potencial– de muchas familias de hacer frente a las hipotecas sobre sus viviendas (que garantizaban la devolución del préstamo con que se adquirieron), se han ido adoptando medidas legislativas encaminadas a prevenir o evitar el impago⁴, pero para quienes la insolvencia resultara

² Proceso en que HERRERA FLORES también ve característico un ataque frontal a los derechos sociales, el cual provoca que la pobreza y la tiranía muten, siguiendo a FARIA, J.E. (*El derecho en la economía globalizada*, Madrid, 2001), en *ventajas comparativas* para atraer inversiones y capitales: HERRERA FLORES, J., “Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales”, en SÁNCHEZ RUBIO, D./HERRERA FLORES, J./DE CARVALHO, S. (orgs.), *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*, Porto Alegre, 2010, pp. 104-105. Advierte que las características propias de la instauración paulatina de un orden global desigual e injusto está provocando un cambio importante de paradigma en los derechos humanos, pues concibe estos, a su vez, como *procesos* de reacción, de adaptación o crítica ante la estructura inmanente del mundo social que impone, en este contexto, la globalización neoliberal (ib., pp. 102 y 106). De forma elocuente, NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A., “La regulación neoliberal y la ruina del Estado social. La cuestión de la vivienda en España”, en ARELLANO GÓMEZ, F.J./DÍAZ GÓMEZ, M.J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, p. 310, afirma que desde la crisis de los años setenta del siglo pasado, el principio de orden del modelo de regulación neoliberal ha sido la recuperación de la ganancia a costa de los salarios y cobertura de las necesidades sociales, trayendo consigo la ruina del Estado social; en lo que hace al caso español, ni antes ni después de la Constitución de 1978 (que profesa libertades pero garantiza poderes privados) se ha desarrollado una política social de la vivienda y tampoco se ha garantizado de modo efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada, constituyendo uno de los incumplimientos más notorios de los deberes que recaen sobre los poderes públicos.

³ Trayendo a colación palabras de LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, en *QF*, vol. 25, 1996, pp. 456-457; más tarde en *Derecho Civil Constitucional*, Sevilla, 2015, p. 147.

⁴ Ya sea incidiendo en la fase pre y contractual, como las medidas introducidas por Ley 2/2009, de 31 de marzo (fijando criterios de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores y

inevitable no hubo medida tajante que *voluntariamente* se tomara en orden a frenar la exclusión social que conlleva la pérdida de vivienda, porque ello implicaba en parte acometer una reforma sustancial del sistema español de ejecución hipotecaria.

En vez de esto, se pretendió tapar temporalmente la herida con iniciativas legislativas que se centraron en un grupo reducido de ciudadanos, como la suspensión por dos años de los desalojos forzados de familias en situación de extrema necesidad (RDL 27/2012, de 15 de noviembre), al mismo tiempo que el Gobierno, invocando el interés general estatal, cegaba de facto el intento autonómico andaluz de paliar tal situación mediante *Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, al interponer contra él recurso de inconstitucionalidad en fecha 9.7.2013, con correlativa suspensión de su vigencia acordada por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en virtud del art. 161.2 de la Constitución Española (en adelante, CE).

La pretensión del legislador andaluz era alumbrar una nueva *causa expropriandi* por incumplimiento de la “función social de la propiedad”⁵, que, apareciendo recogida en el art. 33.2 CE⁶, divide a la doctrina en dos posturas: una entiende que la propiedad

de control de su validez) y Ley 2/2011, de 4 de marzo (concesión responsable de préstamos, mediante la evaluación previa de la solvencia y facilitar al consumidor información accesible y necesaria para valorar el producto financiero); o en el desenvolvimiento del préstamo, a través de mecanismos conducentes a permitir la restructuración de la deuda, como los introducidos por Ley 41/2007, de 7 de diciembre (mediante la novación de las condiciones financieras del préstamo) y RDL 6/2012, de 9 de marzo (para personas con extraordinarias dificultades de pago), o la aprobación de una *moratoria* temporal y parcial en el pago de préstamos hipotecarios a favor de personas desempleadas y autónomos, como la introducida por RD 1975/2008, de 28 de noviembre, cuyas condiciones se flexibilizaron después por RD 29/2009, de 6 de febrero. Para un análisis de dicha moratoria, como mecanismo protector, vid. CAÑIZARES LASO, A., “Efectos del endeudamiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa”, en CDJ, nº 1/2009, pp. 421-461.

⁵ La expropiación por dicho incumplimiento no es algo exótico en España; de hecho, las Comunidades Autónomas regulan los diversos supuestos expropiatorios por este motivo (incumplimiento de la función social) definiendo, tanto genérica como específicamente, cada uno de ellos. Un amplio recorrido sobre la legislación nacional y autonómica en la materia puede verse en SERRANO ALBERCA, J.M., *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Cizur Menor, 2009. Lo problemático del caso andaluz era la determinación de una causa expropiatoria por desocupación de viviendas (prueba del incumplimiento de su función social, según el legislador andaluz) titularidad de personas jurídicas, ejecutantes hipotecarios, contemplando una expropiación parcial referida al uso y no al pleno dominio; para mayor detalle, vid. MARTÍN VALDIVIA, S.M., “El decreto-Ley andaluz de vivienda 6/2013, ¿romanticismo, propaganda o función social legítima?”, en RUE, nº 28, 2013, pp. 67-98.

⁶ Al respecto, advierte LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “El derecho de propiedad. Una *relectio*”, en ADC, vol. 51, 4/1998, p. 1656, y más tarde en op. cit., 2015, p. 338, que la función social de la propiedad es el único criterio que conoce nuestro Ordenamiento con eficacia delimitadora del contenido normal de la propiedad por razones de interés general, lo que es “concorde con, y su correlato necesario, el perfil de garantía institucional

no tiene una función social, sino que es una función social en sí misma⁷; otra, que se comparte, sostiene que el derecho de propiedad es protegido por la CE⁸ tanto en su vertiente individual subjetiva como en su vertiente institucional, aun modulándose a partir de su función social, sin la cual estaríamos ante un derecho vacío o inexistente⁹. Debates aparte, es interesante constatar cómo desde la propuesta duguitiana de superación de la concepción liberal clásica de propiedad¹⁰ se ha ido avanzando inexorablemente hacia la satisfacción personal de necesidades complejas que se alejan de una base material concreta, tiempo en que el dominio sobre los bienes corporales va dejando paso a una realidad más interconectada socialmente, a unos intereses más ligados colectivamente¹¹.

Tuvo que ser una sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJ), de 14.3.2013, *Aziz*, C-415/11 (en adelante, *St. Aziz*), la que *forzara* un cambio legislativo que no estaba en la agenda estatal, curiosamente la misma resolución que invocara el Decreto-ley andaluz como acicate de la actuación autonómica¹². Dicho cambio, operado

del artículo 33 de la CE. Si existieran otras formas de modalización global del contenido de la propiedad por dicha razón de interés general, la Constitución se debería haber manifestado expresamente”.

⁷ Vid. REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, 1994, p. 357, fundamentando su posición en la obra de RODOTÁ, S., *El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Madrid, 1986; MUÑOZ GUIJOSA, M.A., *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Cizur Menor, 2009, pp. 126-128.

⁸ Sobre el tratamiento de la propiedad privada en las Constituciones, ya señaló en 1988 LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, p. 21, que “*ha sido y continúa siendo uno de los grandes temas del Derecho constitucional, por el hecho de que a su alrededor giran cuestiones esenciales del consenso político sobre el que descansan las Cartas Fundamentales*”.

⁹ Vid. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española*, Barcelona, 1997, pp. 355 y 480; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, en MOLINA NAVARRETE, C./MONEREO PÉREZ, J.L./MORENO VIDA, M.N. (coords.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, p. 276.

¹⁰ Aunque suele citarse a Leon DUGUIT como padre teórico de función social de la propiedad, justo es reconocer que su redefinición de la propiedad es ejemplo representativo de una tendencia más amplia que ya circulaba en el último tercio del siglo XIX, contexto que, en palabras de Paolo GROSSI (*Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, 1986, p. 23), tenía como resultado, ya fuere mediante un iusnaturalismo postilustrado y postcodificado o en el ámbito de un más satisfactorio positivismo, el carácter indiscutible de la propiedad “*como institución social, como no abdicable punto de llegada del progreso histórico, como valor absoluto en el plano ético-social; y en consecuencia, una indisponibilidad psicológica para concebir posibles formas alternativas o para dar nacimiento, al menos, a un replanteamiento vigoroso de las formas de apropiación de bienes*”.

¹¹ DÍAZ GÓMEZ, M.J., “Los poderes del Estado en la conformación de la propiedad privada a la luz práctica del Tribunal europeo de derechos humanos”, en ARELLANO GÓMEZ, F.J./DÍAZ GÓMEZ, M.J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, p. 330; se apunta, como ensayo que ejemplifica esta visión, la obra de GROSSI, P./LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Propiedad: otras perspectivas*, Madrid, 2013.

¹² En efecto, señala en su Exposición de Motivos (BOJA nº 69, de 11.4.2013, p. 69) que dicha sentencia pone en evidencia la necesidad de una actuación urgente de los poderes públicos, en sus respectivos ámbitos

por Ley 1/2013, de 14 de mayo¹³, ha afectado, aunque no en igual medida, a los *dos pilares* de nuestro sistema de ejecución hipotecaria, esto es, por un lado, la existencia de una doble garantía (real y personal) en la recuperación del crédito, por otro, el cauce de un proceso sumario con causas de oposición muy tasadas –más que en la ejecución ordinaria–, remitiendo la ley para defender cualquier otra a un proceso distinto, de naturaleza declarativa, sin efecto suspensivo sobre el ejecutivo en curso.

- *Primer pilar. Responsabilidad patrimonial universal y dación en pago*

En cuanto al primero de los pilares apuntados, supone que, si bien la ejecución hipotecaria se dirige directa y exclusivamente contra el bien hipotecado (garantía real), en el supuesto de que la realización forzosa del bien fuera insuficiente para cubrir el crédito del ejecutante, este podía dirigirse contra *todo* el patrimonio del deudor (garantía personal), por la vía de la ejecución ordinaria, para cobrar la cantidad que faltare, conforme al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Esto es consecuencia del principio de *responsabilidad patrimonial universal* del deudor consagrado en el art. 1911 del Código Civil (en adelante, CC), principio que no se ve alterado por constituirse una hipoteca en garantía del cumplimiento de la obligación¹⁴. Así, el acreedor ejecutante tiene la posibilidad de adjudicarse en pago el bien subastado por un porcentaje del valor, ya sea por quedar desierta la subasta¹⁵, ya sea porque, aun existiendo licitadores, la mejor postura fuera superior al 70% del valor de salida pero sin ofrecimiento de pago al contado¹⁶, o bien fuera inferior y el ejecutado no presentara en plazo un tercer comprador que superase la mejor postura¹⁷.

El problema surge cuando en la escritura de hipoteca se consigna un valor del bien a efectos de eventual subasta, inferior a la tasación que en su día se hizo para

competenciales, dirigidos a la salvaguarda de los derechos fundamentales y estatutarios que van ligados con el uso y disfrute de la vivienda habitual.

¹³ De medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en BOE nº 116, de 15.5.2013; en adelante, Ley 1/2013.

¹⁴ Como se encarga de recordar el art. 105 Ley Hipotecaria, al establecer que “la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil”.

¹⁵ Art. 671 LEC, que hasta 2011 preveía en tal caso una adjudicación por el 50% del valor de tasación del inmueble, ya fuere vivienda habitual o no, porcentaje después elevado al 60% por RDL 8/2011, de 1 de julio, como otra medida anticrisis. Esta disposición vuelve a cambiar vía Ley 1/2013: vid. *infra* n. 24.

¹⁶ Art. 670.3 LEC, que contempla la posibilidad de que, en tal caso, el ejecutante se adjudique el bien por el 70% del valor de salida.

¹⁷ Art. 670.4 LEC, que establece que si la mejor postura es inferior al 70% del valor de salida sin presentarse tercero que la mejore, el ejecutante podrá adjudicarse el bien por el 70% de dicho valor, aunque (medida introducida por RDL 8/2011, de 1 de julio) nunca por un precio inferior al 60% del valor de tasación.

conceder el préstamo, de manera que cuando el bien salga a subasta no haya postores (lo que está ocurriendo por las circunstancias económicas, la poca demanda inmobiliaria y la caída de los precios en el sector) y el ejecutante se lo adjudique. Así, el deudor perdería el inmueble y, además, seguiría respondiendo personalmente de la parte de la deuda no cubierta con el producto de la ejecución hipotecaria, y ello cuando creía que tal inmueble valía lo que en su día marcó el tasador enviado por la entidad crediticia con carácter previo a la concesión del préstamo.

Nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha señalado que no se puede considerar conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó¹⁸. Ello sin embargo no impidió a la AP Navarra (Secc. 2ª), por auto de 17.2.2010, desestimar la apelación interpuesta contra AJPII nº 2 Estella 13.11.2009 que denegó la continuación por ejecución ordinaria vía insuficiencia del valor obtenido mediante la adjudicación por el banco de finca hipotecada para la satisfacción de la deuda.

Este pronunciamiento (que dio lugar incluso a un incidente de nulidad¹⁹) fue recogido por la población como un respaldo judicial a la figura de la *dación en pago* como solución factible a la imposibilidad de hacer frente a la hipoteca²⁰, ya que los medios de comunicación no tardaron en vender la noticia como la admisión judicial a que, en una ejecución hipotecaria, la deuda garantizada quedara totalmente extinguida

¹⁸ Por todas, STS 25.9.2008, FJ 3º.

¹⁹ En efecto, el banco alegó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por entender que el AAP había incurrido en una interpretación irrazonable y arbitraria, a lo que la AP respondió, en auto de 16.3.2011, que su resolución había abierto un debate social y doctrinal, con posturas a favor y en contra, pero no cabía tildar, ni una ni otras de irrazonables o arbitrarias, y que “no parece irrazonable o arbitrario mantener, que si el banco se queda con un inmueble, que él mismo valora en una cantidad superior al principal del préstamo, al menos en dicha parte del crédito está resarcido” (FJ 2º).

²⁰ Al respecto vid. JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio”, en RCDI, nº 724, 2011, pp. 1159-1181; ÁLAMO GONZÁLEZ, D.P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias: el control judicial del equilibrio contractual*, Valencia, 2012; DÍAZ FRAILE, J.M., “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, en RCDI, nº 732, 2012, pp. 1845-1905; BELINCHÓN ROMO, M.R., *La dación en pago en derecho español y derecho comparado*, Madrid, 2012; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., “Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior”, en AC-M, nº 10/2013, BIB 2013\59; ARELLANO GÓMEZ, F.J., “La dación en pago imperativa como una alternativa viable, no extravagante, a la insolvencia sobrevenida de un deudor de buena fe ante ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual”, en ARELLANO GÓMEZ, F.J./DÍAZ GÓMEZ, M.J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, pp. 51-93; PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., “La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas”, en RdP nº 39, 2016, BIB 2016\670.

con la adjudicación del bien hipotecado. Sin embargo, la propia AP Navarra se encargó de rebajar los ánimos, cuando su Secc. 3ª dictó auto de 28.1.2011 que fallaba en sentido totalmente opuesto al de la Secc. 2ª, precisamente sobre la base (FJ 6º) de la doctrina del TS antes apuntada. Sea como fuere, el caldo de cultivo ya estaba ahí, y a medida que empeoraba la situación económica del país mayor era el clamor popular para la instauración de la dación en pago como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria. Esto dio origen a una Iniciativa Legislativa Popular²¹ sobre la dación en pago con efecto retroactivo²², que el poder político hegemónico se encargó de tumbar²³.

Ante esta situación, la Ley 1/2013 introdujo, no obstante, modificaciones significativas. Por un lado, reformó determinados preceptos de la LEC a fin de garantizar que, en caso de insuficiencia de la ejecución hipotecaria para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, el deudor recibiese una contraprestación adecuada por el inmueble subastado que le permitiera reducir al máximo la deuda remanente, con especial consideración a la vivienda habitual²⁴. Por otro lado, como gran novedad, se limitó por primera vez la responsabilidad patrimonial universal del deudor, previéndose, en supuesto de adjudicación de la

²¹ Promovida por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, nº de expediente 120/000019, en BOCG, Congreso, Serie B. Núm. 102-1, de 21.12.12, pp. 1-3.

²² El art. 1 de la iniciativa contemplaba, por un lado, la adición de un aptdo. 4 al art. 693 LEC, del tenor siguiente: *“Si el bien ejecutado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá comparecer con anterioridad a la celebración de la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada. En este caso, el Tribunal dictará resolución autorizando la entrega y acordando la adjudicación del inmueble al ejecutante en pago del total de la deuda garantizada, extinguiéndose la misma con los intereses y costas”*; por otro lado, una nueva redacción del art. 579 LEC, que *in fine* cegaba la posibilidad de iniciar la ejecución ordinaria en caso de que el bien ejecutado fuera la vivienda habitual del deudor. La aplicación de estas disposiciones se pretendía con efecto retroactivo en los procesos de ejecución hipotecaria de vivienda habitual (art. 3 iniciativa).

²³ La iniciativa fue incluida en el Orden del día del Pleno del Congreso del 12.2.2013 para debate de su toma en consideración, que fue aprobada prácticamente por unanimidad. Por acuerdo subsiguiente a dicha toma, la Mesa de la Cámara encomendó su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia, a la Comisión de Economía y Competitividad, así como la apertura de plazo para la presentación de enmiendas. Ninguna hubo a la totalidad del texto de la iniciativa, pero el grupo mayoritario de la Cámara, el Grupo Parlamentario Popular, presentó enmiendas a todos sus artículos, de forma que la iniciativa quedaba así vacía de su contenido original, con idea de que se tramitara conjuntamente y se refundiera con el Proyecto de ley procedente del antes citado RDL 27/2012, eludiendo así su debate separado al de dicho Proyecto, que terminaría alumbrando la Ley 1/2013.

²⁴ Así, se exige ahora que el valor de tasación del bien hipotecado no pueda ser nunca inferior al 75% del valor para mercado hipotecario (art. 682.2.2ª); se reduce el depósito mínimo para concurrir a subasta del 20% al 5% (art. 647.1.3º), y se fija la adjudicación del bien al ejecutante, en caso de subasta desierta, cuando se trate de vivienda habitual del ejecutado, en el 70% del valor de salida o 60% si lo que se debe es inferior al 70% (art. 671, que en caso de no ser vivienda habitual prevé la adjudicación en el 50%).

vivienda habitual con remate insuficiente, que el deudor pueda liberarse de la totalidad de la deuda pendiente si paga el 65% en cinco años o el 80% en diez años²⁵.

Por tanto, aunque dicha ley no trajera consigo la reclamada supresión de la responsabilidad patrimonial universal por vía de la dación en pago, sí sentó las bases para *limitar* tal responsabilidad y procurar alguna consolación al consumidor que no viera la deuda saldada con la adjudicación de su vivienda. En este sentido, resulta interesante constatar que el legislador español se adelantó en cierto modo a las previsiones contenidas en la Directiva 2014/17/UE sobre crédito con consumidores para inmuebles de uso residencial²⁶ (en adelante, Dir. 2014/17), que en su art. 28 –de rúbrica “demoras y ejecución hipotecaria”– impone a los Estados miembros la promoción y adopción de medidas que protejan al consumidor, que no salde su deuda al término de la ejecución hipotecaria, facilitándole el reembolso del crédito y la obtención del mejor precio por su propiedad adjudicada²⁷.

España tiene *oficialmente* hasta marzo de 2016 para transponer dicha Directiva, así que está por ver cómo articula esas medidas tuitivas del consumidor hipotecado, pues la norma se limita a imponer su adopción sin establecer ningún tipo de criterio al respecto. Lo que está claro es que el legislador no se verá obligado a extender las implementadas hasta el punto de sentar una decidida protección *ex ante* y no tanto *a posteriori*, esto es, haciendo operativa por ley la dación en pago para evitar la ejecución hipotecaria. Y decimos que no se verá en tal compromiso porque, a pesar de que se esperaba mucho de esa Directiva, finalmente, en cuanto a la dación en pago, tan solo prevé la prohibición de que los Estados la excluyan legalmente²⁸. En definitiva, el decálogo de buenas intenciones a que se confíe el art. 28 Dir. 2014/17 permitirá mantener el *statu quo*, pues, como la práctica demuestra, el inmovilismo del legislador español solo quiebra vía UE, sea por resoluciones judiciales o directivas comunitarias.

²⁵ Nuevo aptdo. 2 del art. 579 LEC. En cuanto a su aptdo. 1, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, introdujo una modificación para que la transición de la ejecución hipotecaria a la ordinaria pasara por la solicitud del despacho de la ejecución y por tanto la posibilidad de oponer las causas previstas para los títulos extrajudiciales, no como era hasta entonces en que directamente se pasaba al embargo de bienes.

²⁶ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento nº 1093/2010”, en DO L 60, de 28.2.2014, pp. 34-85.

²⁷ Aptdo. 5 e *in fine* del art. 28 Dir. 2014/17.

²⁸ El art. 28.4 Dir. 2014/17 lo expresa así: “Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito”.

- *Segundo pilar. Dudas de inconstitucionalidad y obligada reforma*

Por si quedaba duda de lo último que hemos dicho, es en este segundo pilar donde un mayor esfuerzo se ha notado por parte del legislador, y ello porque se sintió obligado a moldearlo al son del fallo del TJ en su *St. Aziz*, donde quedara expuesta una obviedad: que el sistema español de ejecución hipotecaria, por lo menos en su segundo pilar, vulneraba la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores²⁹ (en adelante, Dir. 93/13).

Como explicaremos más adelante³⁰, dicha sentencia no llegó a reprochar expresamente nuestro régimen procesal por no prever el control de abusividad en sede de ejecución hipotecaria, ya fuere de oficio o a instancia de parte (lo que sí haría *ratio dicendi* el TJ en su posterior auto de 14.11.2013, *Banco Popular Español y Banco de Valencia*³¹); sino por ofrecer al consumidor tan solo una protección ulterior –a través del proceso declarativo al que remite el art. 698 LEC para efectuar cualquier alegación no comprendida en las causas de oposición del art. 695 LEC– incompleta e insuficiente, pues no tendría opción de impedir la subasta y consiguiente pérdida de su vivienda (la reclamación *extra* ejecución ni suspende esta ni la puede entorpecer), debiendo contentarse a lo sumo con una indemnización.

Aunque el fallo comunitario no conminara *stricto sensu* a dar entrada a la abusividad como motivo de oposición a la ejecución, con tal sentencia quedó patente esa carencia protectora, así que el legislador tomó por fin la iniciativa, optando por dicha vía. Prefirió ampliar, por medio de la Ley 1/2013, el elenco de causas de oposición con ese nuevo motivo (tanto en ejecución hipotecaria como ordinaria de títulos no judiciales³²), que modificar el art. 698.1 LEC para permitir la suspensión de la

²⁹ “Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en DO L 95, de 21.4.1993, pp. 29-34.

³⁰ Remitimos al epígrafe 3.1.1 *in fine*, así como al 3.1.2 para la adaptación de nuestra legislación procesal en relación con el control de oficio del carácter abusivo.

³¹ Asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13; en adelante, Auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia*.

³² En efecto, tras la reforma operada por Ley 1/2013, el consumidor puede ahora alegar, como oposición a la ejecución hipotecaria, “el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible” (art. 695.1.4ª LEC); formulada esta oposición, se suspenderá la ejecución (al igual que ocurre con las restantes causas, art. 695.2 LEC) y de estimarse se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula la fundamente, o, en otro caso, la continuación de la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva (nuevo pfo. II del art. 695.3 LEC). En sede ordinaria también se ha añadido una nueva causa de oposición a la ejecución fundada en título no judicial, y así el art. 557.1 LEC prevé ahora la alegación de que “el título contenga cláusulas abusivas” (causa 7ª), lo cual suspenderá la ejecución en curso, como en las demás causas de oposición de fondo –con excepción de la pluspetición– a la ejecución ordinaria de título extrajudicial (art. 557.2 LEC).

ejecución mientras se comprobara en sede declarativa la eventual abusividad aquí alegada y, en su caso, la nulidad de lo allí actuado, que era la otra opción que aparentemente (sin contar con la doctrina del TJ sobre el examen de abusividad *ex officio*) podría haber tomado.

Con esta reforma se hace tambalear el segundo pilar del sistema de ejecución hipotecaria, caracterizado por la sumariedad del procedimiento y la ausencia de contradicción fuera del (hasta ahora) inexpugnable y limitadísimo elenco de motivos de oposición. Tales particularidades encontraban su justificación en el hecho de que se trata de un procedimiento de base registral, es decir, basado en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad y en la legitimación registral, que a su vez requiere previa calificación; por tanto, el procedimiento de ejecución hipotecaria se basa en la presunción de que el derecho de hipoteca pertenece a su titular (el acreedor hipotecario) en la forma que resulta del Registro, pudiéndose ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca, en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del propio Registro³³. La especialidad de este procedimiento, sentada sobre la base antedicha, ha soportado *dudas de inconstitucionalidad* por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo descartadas por el TC, que reiteradamente ha venido considerando que el sistema tasado de motivos de oposición y la correlativa ausencia de contradicción en su seno no suponía limitación de los medios de defensa del ejecutado que produjera indefensión, negando la conculcación de derechos constitucionales porque esa especial naturaleza se fundamentaba en la posibilidad de que los afectados acudieran a un ulterior declarativo para resolver sus diferencias³⁴.

Ha tenido que ser una resolución comunitaria la que propicie una reforma que deja en evidencia a la doctrina del TC. Ahora bien, la propia ley que trajo esa reforma *ha sido cuestionada por dos vías*: desde el punto de vista constitucional, de una parte, por el Grupo Parlamentario Socialista, que presentó en fecha 16.8.2013 recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2013, por considerar así viciada su tramitación³⁵,

³³ DÍAZ FRAILE, op. cit., p. 1868.

³⁴ Desde la anterior LEC (1881), el TC sostenía que en ese proceso ulterior se salvaguardaba el derecho a la tutela judicial efectiva y demás comprometidos, así, i.a., SSTC 18.6.1981, FJ 5º; 17.1.1991, FJ 2º; 30.6.1993, FJ 2º; 2.10.1997, FJ 6º; doctrina reiterada con la vigente LEC, antes de Ley 1/2013, en ATC 19.7.2011 (FJ 4º), a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por AJPI nº 2 Sabadell, de 30.9.2010, en relación a los arts. 579, 695 y 698 LEC, por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (art. 24 CE), derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y principio de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

³⁵ Como ya adelantamos (vid. *supra* n. 23) el texto de la Iniciativa Legislativa Popular no fue como tal debatido en el Congreso, más allá del debate de toma en consideración, pues la refundición de ese texto con el Proyecto de ley procedente del RDL 27/2012 supuso la desaparición *de facto* de dicha iniciativa. Para

su articulado (arts. 1, 3.3, 7 Uno y 8 Dos), DA 1ª y DDTT 1ª y 2ª. De otra parte, por el JPI nº 3 Carlet, que por auto de 21.2.2014 planteó cuestión de inconstitucionalidad contra la DT 4ª Ley 1/2013 alegando vulneración del principio de defensa *ex art.* 24 CE, que fue inadmitida al no superar el juicio de relevancia preciso, teniendo en cuenta que el JPI ya había aplicado la disposición cuestionada (ATC 22.7.2014, FJ 3º).

La segunda vía de reproche de dicha Ley fue por medio de cuestiones prejudiciales comunitarias, contra sus DDTT: i) *Segunda*, reguladora del régimen transitorio respecto a los intereses moratorios de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual³⁶, por entender que no debía permitirse al ejecutante recalcular su importe para que no supere el nuevo límite legal, pues se dijo que ello supondría *de facto* la moderación de una cláusula de interés de demora que pudiera ser nula por abusiva, contra su pura y simple erradicación conforme a la jurisprudencia que interpreta la Dir. 93/13³⁷, cuestión que trataremos en epígrafe 4.4.3.A.II; ii) *Cuarta*, que para las ejecuciones en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 prevé un plazo preclusivo de un mes para oponer la existencia de cláusulas abusivas, por entenderla contraria a la doctrina comunitaria sobre el control de abusividad que trasciende la preclusión³⁸, *ergo* merma de la protección dispensada por dicha Directiva como así lo ha apreciado el TJ³⁹ según veremos más adelante (epígrafe 3.1.2.B).

En relación con el cuestionamiento vía comunitaria, téngase presente que si bien las competencias sobre vivienda corresponden a los Estados miembros de la UE, esta ha incidido en la materia a través de algunas competencias indirectas, como por ejemplo la protección de los consumidores, cobertura con la cual se han aprobado

el Grupo Parlamentario Socialista se desvirtuó así el procedimiento parlamentario al que la proposición promovida por dicha Iniciativa debía haber sido sometida, vulnerando el art. 87.3 CE, que reconoce la iniciativa legislativa popular como iniciativa legislativa ante las Cortes Generales, así como el art. 23 CE, aptdo. 1, esto es, el *derecho de participación política de los ciudadanos*, y aptdo. 2, que consagra su derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

³⁶ Establece que “en los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior”, esto es, el nuevo límite a los intereses moratorios en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, que, conforme al añadido (por art. 3.2 Ley 1/2013) pfo. III del art. 114 LH, no pueden superar el triple del interés legal del dinero.

³⁷ Concretamente su art. 6.1, SSTJ de 14.6.2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 (en adelante, St. *Banco Español de Crédito*), aptdo. 73, y de 30.5.2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11 (en adelante, St. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*), aptdo. 60. Daremos cuenta *in extenso* de esta doctrina en epígrafe 3.2.2.C.I.

³⁸ STJ 21.11.2002, *Cofidis*, C-473/00 (en adelante, St. *Cofidis*), aptdo. 38. Sobre el particular remitimos a los epígrafes 3.1.1.A y 3.1.2.B.

³⁹ STJ 29.10.2015, *BBVA*, C-8/14 (en adelante, St. *BBVA*), aptdo. 42.

directivas que permiten tutelar derechos habitacionales y residenciales⁴⁰, como la Dir. 2014/17 o, de forma más general, como la Dir. 93/13, que en su afán de conseguir la supresión de las cláusulas abusivas otorga una protección transversal en la contratación con consumidores. Para los que pretenden acceder a una vivienda es fundamental dicha protección, ya sea ante el empresario promotor con quien contrata su adquisición, ya ante la entidad crediticia a que ha de acudir para financiarla; en ambos casos *antes y durante* la contratación y, de no evitarse el abuso, también de forma *postcontractual* ejercitando la tutela judicial, con la particularidad de que lo que aquí está en juego no es solo el derecho del propio consumidor a exigir un reequilibrio (vía eliminación de la abusividad) entre sus derechos y obligaciones contractuales y los del profesional, sino además un derecho que trasciende dicha exigencia, concretado en el respeto a un bien *social* cuya eventual pérdida afecta al ciudadano y su familia.

1.2. DERECHO A LA VIVIENDA: PROTECCIÓN JUDICIAL

En el contexto antes expuesto, el control de abusividad se torna prioritario ante una ejecución hipotecaria en que esté comprometida la vivienda del consumidor ejecutado, pues puede ocurrir que una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución sea abusiva, de manera que pueda verse así injustamente privado de su vivienda. No hay que perder de vista que esa eventual privación vía lanzamiento hipotecario afecta negativamente a un derecho, cual es el *derecho a la vivienda*, que la jurisprudencia comunitaria reconoce esencial y garantizado por el art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁴¹ (en adelante, CDFUE), que los jueces nacionales deben tener en cuenta al aplicar la Dir. 93/13⁴², y en tanto que es así el Tribunal de Justicia se erige como supervisor de su cumplimiento y respeto. En este sentido, el TJ ha declarado que si bien queda a discreción de los Estados miembros la elección de las *medidas* ante determinados incumplimientos, su gravedad debe adecuarse a la gravedad de las infracciones que castigan, respetando al mismo tiempo el principio general de *proporcionalidad*⁴³, y que en lo concerniente al

⁴⁰ PISARELLO PRADOS, G., “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, en RCDP, nº 38, 2009, versión electrónica (accesible en www.rcdp.cat), p. 4.

⁴¹ Tanto en su versión actual, proclamada el 12.12.2007 en Estrasburgo (2007/C 303/01, DO C 303, 14.12.2007, pp. 1-14; 2010/C 83/02, DO C 83, 30.3.2010, pp. 389-403), como en la proclamada el 7.12.2000 en Niza (2000/C 364/01, DO C 364, 18.12.2000, pp. 1-22), a la que vino a sustituir aquella desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1.12.2009).

⁴² La STJ 10.9.2014, *Kušionová*, C-34/13 (en adelante, St. *Kušionová*), en su aptdo. 65, lo expresa así: “En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un *derecho fundamental* garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13”.

⁴³ STJ 26.9.2013, *Texdata Software*, C-418/11, aptdos. 50 y 51.

carácter proporcionado de la medida es preciso prestar especial atención al hecho de que el bien objeto del procedimiento sea el inmueble que constituye la vivienda familiar del consumidor⁴⁴, pues su pérdida no solo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores⁴⁵, sino que también *pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada*⁴⁶.

En puridad, la CDFUE no contempla expresamente el derecho a la vivienda, sino que se refiere a esta, en su art. 34.3, como requisito integrante de una existencia digna⁴⁷, si bien es cierto que ese precepto está inspirado en el art. 31 de la Carta Social Europea revisada de 1996 (en adelante, CSE)⁴⁸, tratado internacional que sí proclama tal derecho⁴⁹ de forma explícita, cosa que no hace en cambio su más conocido instrumento hermano, el “Convenio Europeo de Derechos Humanos” (en adelante, CEDH)⁵⁰, cuyo supervisor, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante,

⁴⁴ St. *Kušionová*, aptdo. 62.

⁴⁵ St. *Aziz*, aptdo. 61.

⁴⁶ APTJ 5.6.2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14 (en adelante, APTJ *Sánchez Morcillo y Abril García*), aptdo. 11.

⁴⁷ Como ha aclarado el TJ en Auto de 16.7.2015, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-539/14 (en adelante, Auto *Sánchez Morcillo y Abril García*), aptdo. 49, el art. 34.3 CDFUE no garantiza el derecho a la vivienda sino el “derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda” en el marco de las políticas sociales basadas en el art. 153 TFUE. Y el art. 7 CDFUE no establece un derecho a la vivienda, sino al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, mas, como vimos (St. *Kušionová*, aptdo. 65), se ancla su garantía en tal precepto.

⁴⁸ Obra del Consejo de Europa (Estrasburgo, 3.5.1996, CETS n° 163), aún no ratificada por España, lo cual sí hizo respecto a su versión original (Turín, 18.10.1961, CETS n° 35). El estado de las ratificaciones y el propio texto de la Carta, original y revisada, son accesibles en www.coe.int. Para un análisis de la CSE y su peculiar mecanismo de adhesión, vid. “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, de BELORGEY, J-M., antiguo presidente (2003-2006) del *Comité Europeo de Derechos Sociales* (en adelante, CEDS), en RDPO, n° 70, 2007, pp. 349-377; y en particular sobre el derecho a la vivienda, GUIGLIA, G., “El derecho a la vivienda en la Carta Social: a propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en RDPO, n° 82, 2011, pp. 543-578.

⁴⁹ Además de prever, como tarea del *órgano de control* de la CSE, esto es, el CEDS, un procedimiento cuasi jurisdiccional de tutela de los derechos sociales de los ciudadanos. Así, respecto al alcance del art. 31 y su conexión con el art. 16 CSE –protección de la familia–, vid. decisiones del CEDS (accesibles en www.coe.int) en los casos *ERRC c. Grecia*, 15/03, aptdo. 24; *ERRC c. Bulgaria*, 31/05, aptdo. 16; *International Movement ATD Fourth World c. Francia*, 33/06, aptdo. 158; que confirman que el art. 16 CSE transforma el derecho a la vivienda de todo individuo de modo que lo convierte en un derecho de familia que debe protegerse en el plano jurídico, económico y social.

⁵⁰ Comúnmente así se denomina al *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, cuyo texto original (Roma, 4.11.1950, CETS n° 5) ha sido desarrollado, modificado y completado por diversos protocolos (ratificados por España sucesivamente desde 1979); su texto refundido, cuya última versión, que incluye las modificaciones operadas por el Protocolo n° 14 (CETS n° 194) a partir de su entrada en vigor (1.6.2010), es accesible en www.coe.int. Al igual que la Carta Social Europea, el CEDH es obra del Consejo de Europa, de hecho el Convenio fue su “primogénito” y esto se nota en la Carta, que constituye, en el terreno de los derechos sociales, una prolongación del CEDH; como apunta BELORGEY (op. cit., p. 352) algunos de los artículos de la Carta se hacen eco de enunciados que son muy próximos a los que figuran en el CEDH, y otros tienen, cuando menos, el mismo objeto que ciertos

TEDH), ha protegido a pesar de ello⁵¹ el derecho habitacional en razón de su conexión con otros derechos civiles clásicos⁵², particularmente el *derecho al respeto del domicilio*, que aparece recogido en el aptdo. 1 del art. 8 CEDH en idénticos términos que en el art. 7 CDFUE, esto es, como integrante del derecho al respeto de la vida privada y familiar⁵³, precepto este último que según el TJ –como vimos antes– garantiza el derecho a la vivienda.

A este respecto, el TEDH ha estimado que la *pérdida de la vivienda* es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la *proporcionalidad de dicha medida*, a la luz de los principios aplicables del art. 8 CEDH (SSTEDH 13.5.2008, *McCann c. Reino Unido*, 19009/04, aptdo. 50; 21.6.2011, *Orlić c. Croacia*, 48833/07, aptdo. 65; 25.7.2013, *Rousk c. Suecia*, 27183/04, aptdo. 137). Téngase presente que domicilio, en el sentido del art. 8, es un concepto autónomo independiente de toda clasificación establecida por la legislación nacional, y que son las circunstancias del caso, concretamente la existencia de *vínculos suficientes y continuos* con un lugar concreto, las que permiten determinar si una vivienda en particular constituye un “domicilio” con respecto al cual dicho precepto es aplicable (SSTEDH 24.11.1986, *Gillow c. Reino Unido*, 9063/80, aptdo. 46; 25.9.1996, *Buckley c. Reino Unido*, 20348/92, aptdos. 52-54; 18.11.2004, *Prokopovich c. Rusia*, 58255/00, aptdo. 36).

Partiendo de esa concepción fáctica de domicilio, que trasciende incluso la consideración nacional de ocupación legal (St. *McCann c. Reino Unido*, antes citada, aptdo. 46), el TEDH ha entendido que las órdenes de desahucio deben ser vistas como

preceptos del Convenio, si bien existe una diferencia esencial entre estos instrumentos hermanos, cual es su distinto ámbito subjetivo de aplicación –el CEDH a toda persona bajo la jurisdicción de los Estados partes, la CSE a los nacionales de tales Estados que se encuentren en situación de estancia o trabajo regular–, diferencia sin embargo matizada por el CEDS (caso *FIDH c. Francia*, 14/03).

⁵¹ Y a pesar también de que el propio TEDH no sea proclive a hacerse cargo por sistema de la tutela de los *derechos sociales*, prueba de ello son sus decisiones sobre las demandas 40772/98 (*Pančenko c. Letonia*, 28.10.1999) y 42197/98 (*Salvetii c. Italia*, 9.7.2002), que alegando violaciones de tales derechos no pasaron el filtro de admisibilidad, o la STEDH 24.4.1998, *Botta c. Italia*, 21439/93, que entendió (aptdo. 35) inaplicable el art. 8 CEDH. En este sentido, AKANDJI-KOMBE, J-F., “Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l’homme: Quelles perspectives pour les 10 prochaines années?”, en *Seminario con motivo del 10º aniversario de la Carta revisada*, Estrasburgo, 3.5.2006 (accesible en www.coe.int).

⁵² PISARELLO, op. cit., p. 3, señala v.g. los derechos recogidos en arts. 3, 6 y 8 CEDH.

⁵³ En efecto, el art. 7 CDFUE reproduce lo dispuesto en el art. 8 CEDH, con la diferencia de que no regula, como sí hace el aptdo. 2 de este último, los casos en que puede haber una injerencia de los poderes públicos en el derecho a la vida privada y familiar que incluye el respeto del domicilio y sus comunicaciones.

una injerencia en el derecho al respeto del domicilio⁵⁴, de manera que si los afectados alegan una violación de tal derecho, la cuestión se centra en examinar la proporcionalidad de la medida de injerencia en función de si persigue un objetivo legítimo y si es necesaria en una sociedad democrática⁵⁵, esto es, conforme al art. 8.2 CEDH. En este sentido, aunque el art. 8 no establece requisitos procesales precisos, es evidente que las medidas que supongan una injerencia de su disfrute deben haber sido adoptadas en el marco de un proceso de toma de decisión que sea justo y suficientemente respetuoso con los intereses protegidos por tal precepto⁵⁶. Para el TEDH, si no se proporcionan garantías procesales adecuadas a los afectados, el proceso de toma de decisiones que culmina en la adopción de medidas de injerencia (desahucio, lanzamiento en nuestra ejecución hipotecaria) no puede considerarse justo ni respetuoso en el sentido antes indicado⁵⁷.

De forma análoga, el TJ, en relación con las consecuencias que genera para el consumidor y su familia el desalojo forzoso de la vivienda que constituya su residencia principal, ha destacado la importancia de que el juez nacional competente disponga de medios cautelares que suspendan o contrarresten un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria cuando la concesión de aquellos se manifieste necesaria para garantizar la efectividad de la protección pretendida por la Dir. 93/13 (St. *Aziz*, aptdo. 59); precisamente nuestro sistema procesal de ejecución hipotecaria mereció el reproche del TJ, por una combinación de déficits inicua para el consumidor: la imposibilidad de oponer frente a dicha ejecución la abusividad de cláusulas del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca, sin prever tampoco su apreciación de oficio por el juez conecedor de la ejecución, ni permitir al juez del eventual declarativo ulterior (al que se remitía para dicho examen) adoptar cautelares que aseguraran su decisión final⁵⁸.

Esta protección que *desde fuera* se dispensa al derecho a la vivienda por los órganos encargados de supervisar su respeto donde este se contempla, de forma

⁵⁴ Son varias las sentencias en que el TEDH ha examinado la cuestión de la existencia de una injerencia en el derecho al respeto del domicilio en el contexto de la adopción de una orden de desahucio, sosteniendo la posición apuntada; además de las antes citadas, SSTEDH 9.10.2007, *Stanková c. Eslovaquia*, 7205/02, aptdo. 57; 15.1.2009, *Ćosić c. Croacia*, 28261/06, aptdo. 18; 10.7.2014, *Lemo y otros c. Croacia*, 3925/10, 3955/10, 3974/10, 4009/10, 4054/10, 4128/10, 4132/10 y 4133/10, aptdo. 35.

⁵⁵ STEDH 22.10.2009, *Paulić c. Croacia*, 3572/06, aptdo. 40.

⁵⁶ SSTEDH 27.5.2004, *Connors c. Reino Unido*, 66746/01, aptdo. 83; 2.11.2006, *Giacomelli c. Italia*, 59909/00, aptdo. 82; 6.12.2007, *Maumousseau y Washington contra Francia*, 39388/05, aptdo. 62; 8.11.2011, *V.C. c. Eslovaquia*, 18968/07, aptdo. 141; 14.2.2012, *Hardy y Maile c. Reino Unido*, 31965/07, aptdo. 219

⁵⁷ STEDH *Lemo y otros c. Croacia*, citada *supra* (n. 54), aptdo. 45.

⁵⁸ St. *Aziz*, aptdo. 64; *Auto Banco Popular Español y Banco de Valencia*, aptdo. 60.

explícita o indirectamente⁵⁹, contrasta con la tibieza protectora *interna* por parte de nuestro Tribunal Constitucional, y ello tiene que ver con su reconocimiento en la Carta Magna española, no como un derecho fundamental, sino como un principio rector, luego el derecho a la vivienda no puede tener, por sí mismo, acceso al TC. En efecto, si bien el art. 47 CE establece que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, su ubicación en el Capítulo III y no en el Capítulo II (ambos del Título I) supone el encuadre, no entre los derechos que gozan del máximo nivel de protección jurídica (los recogidos en arts. 14-29 CE) cuya tutela cabe recabar ante los tribunales ordinarios y ante el propio TC a través del recurso de amparo (art. 53.2 CE), sino entre los *Principios rectores de la política económica y social*.

En esta rúbrica tienen cabida, aparentemente, desde derechos sociales (como el de vivienda) a fines de interés general o mandatos al legislador, y de todos ellos sin distinción predica el art. 53.3 CE que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, y que “*solo* podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, de donde resulta que el Capítulo III no recoge auténticos derechos sino *principios* que cumplen más bien una función orientadora de la actuación de los poderes públicos⁶⁰ (en este sentido, el art. 47 CE asigna a estos la regulación del uso del suelo conforme al interés general para impedir la especulación y la garantía de la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos). No es cuestión de exigir del Estado o Comunidades Autónomas⁶¹ una vivienda de manera incondicional, ni su reclamación por la vía judicial, sino, más allá de su promoción pública, la protección de la vivienda a la que ya se ha accedido, pues si bien

⁵⁹ Así, CEDS, TEDH y TJ, en CSE, CEDH y CDFUE, respectivamente. Además de los citados instrumentos y órganos de control, el derecho a la vivienda también se reconoce, a nivel internacional, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (ratificado por España, BOE nº 103, de 30.4.1977), concretamente en su art. 11.1, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Desde que se aprobara su Protocolo Facultativo (Resolución A/RES/63/117, 10.12.2008), se estableció la competencia del Comité DESC, supervisor del cumplimiento del Pacto, para recibir y considerar denuncias de particulares, que aleguen ser víctimas de una violación, por Estado Parte –en el Pacto y en el Protocolo– bajo cuya jurisdicción se encuentren, de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto.

⁶⁰ Como reconocen las Ltdas. de las Cortes Generales ABELLÁN MATESANZ, I.M. y SIEIRA MUCIENTES, S., en la Sinopsis del art. 53 CE, realizada en 2003 y actualizada en 2011, respectivamente. Dicha sinopsis es accesible en el *website* del Congreso de los Diputados (www.congreso.es). Vid. también JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, 1996-1999, pp. 439-529.

⁶¹ El derecho a la vivienda está reconocido en diferentes Estatutos de Autonomía, ya sea como derecho específico, tal es el caso de Andalucía (art. 25), Cataluña (art. 26) o Baleares (art. 22), o como principio rector, v.g., Aragón (art. 27) y Castilla y León (art. 16.4).

es cierto que no cabe derivar *ex constitutione* la absoluta justiciabilidad de todos los contenidos del “derecho” de vivienda, existen algunos aspectos del mismo que debieran poder invocarse judicialmente, cuales son los que guarden conexión con otros derechos constitucionales, estos sí fundamentales, y en efecto hay un meritorio esfuerzo de los tribunales ordinarios para tutelar de facto tales aspectos por dicha vía⁶².

Esfuerzo semejante no se percibe en el TC, teóricamente independiente del poder político que nombra a sus magistrados. A pesar de que el art. 47 CE no pueda ser invocado en solitario para acceder a aquel, existe la posibilidad de cuestionar la inconstitucionalidad de una norma legal que lo vulnere, como principio rector que es⁶³. El problema es que, en la práctica, no se sigue este cauce, es más, cuando se ha planteado la inconstitucionalidad de las normas relativas a la ejecución hipotecaria, el TC no ha tenido en cuenta la posible afectación del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, al resolver la inadmisión del cuestionamiento fundado en vulneración de otros derechos alegados (con los que aquel guarda evidente relación), inequívocamente fundamentales, como el del art. 24 CE, enrocándose muchas veces en *rigorismos* como el de la falta de superación del juicio de aplicabilidad y relevancia.

Hasta ahora el TC ha obviado que tales rigorismos han de ceder ante el **principio de primacía del Derecho comunitario**, consagrado por la STJ 15.7.1964, *Costa/ENEL*, 6/64, al declarar que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros que están obligados a respetarlo y, por tanto, el Derecho comunitario tiene primacía sobre los Derechos nacionales⁶⁴; desarrollado después por la STJ 9.3.1978, *Simmmenthal*, 106/77, al establecer que en virtud de tal principio las disposiciones comunitarias directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno, no solamente hacer inaplicable, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a aquellas, sino también impedir la

⁶² Cfr. PISARELLO, op. cit., p. 6.

⁶³ ABELLÁN/SIEIRA, ib., respecto a los principios rectores.

⁶⁴ Primacía confirmada, según esta sentencia, por el art. 189 TCEE (actual art. 288 TFUE). El principio de primacía –como prevalencia aplicativa del Derecho comunitario en caso de contradicción con el Derecho nacional– se encuentra estrechamente vinculado con el de *eficacia directa* –que posibilita a los particulares invocar ante el juez interno las disposiciones comunitarias como fundamento directo de sus pretensiones–, en tanto que ambos comportan el deber del juez nacional de resolver aplicando el Derecho comunitario, y dejando de aplicar, en su caso, las normas internas que lo contradigan. La consagración de estos principios ha sido vista como el primer paso hacia la constitucionalización del Derecho europeo: vid. MANCINI, G.F., “The Making of a Constitution for Europe”, en *CML Rev.*, vol. 26, nº 4, 1989, pp. 595-614; DE WITTE, B., “Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order”, en CRAIG, P./DE BÚRCA, G. (eds.), *The evolution of EU Law*, Oxford, 2011, pp. 323-361.

formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias, en consecuencia los jueces nacionales están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que este confiere a los particulares *dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquel, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional*⁶⁵. Dado que tal principio forma parte del Derecho nacional en virtud del art. 96.1 CE, primacía afirmada sobre las normas internas incluida la propia Constitución (DTC 13.12.2004, FJ 6º), el TC no puede escudarse en estrictos formalismos⁶⁶ si tenemos presente que para el Derecho de la UE la vivienda es un derecho básico que debe protegerse.

1.3. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

Los flujos cada vez más constantes de capital, propios de una globalizada economía abrazada por los Estados en aras de una nirvánica prosperidad, comportan no sólo un retroceso de la intervención pública, que cede terreno a la mano invisible smithiana y tiende al ideal liberal de “Estado mínimo” (que justificara modernamente NOZICK⁶⁷, al lado del cual parecería enorme el *Minimalstaat* de HUMBOLDT⁶⁸), sino también un incremento exponencial de las relaciones comerciales. Tal masificación solo puede encauzarse mediante una forma de contratación en la que la libertad queda reducida a firmar modelos estandarizados, cuyo contenido ha sido predispuesto unilateralmente por el oferente del producto que se trate⁶⁹, incluidas las viviendas y su financiación.

El desarrollo vital de la persona va intrínsecamente unido a disponer de una vivienda digna y adecuada, no necesariamente en propiedad. La iniquidad en España

⁶⁵ STJ *Simmenthal*, aptdos. 17, 21 y 24, doctrina reiterada profusamente por la jurisprudencia comunitaria: vid. en síntesis, STJ 19.11.2009, *Filipiak*, C-314/08, aptdos. 81-83 y resoluciones ahí citadas.

⁶⁶ Sobre las tensiones entre la jurisprudencia constitucional y la comunitaria en orden a su armonización, vid. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Madrid, 2002.

⁶⁷ En *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, 1974.

⁶⁸ Estado mínimo defendido en *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, obra escrita en 1792 y publicada por primera vez en Breslau, 1851; últ. ed. en Stuttgart, 2010.

⁶⁹ El fenómeno viene de lejos, pues como ya apuntara Friedrich KESSLER en 1943 (“Contracts of Adhesion- Some Thoughts about Freedom of Contract”, en *Col. L. Rev.*, nº 43, p. 629), el desarrollo de la sociedad capitalista precisó una institución legal altamente elástica que protegiera el intercambio de bienes y servicios en el mercado, y esa herramienta que suprimiría el proceso de negociación en las transacciones comerciales para reducir costes no fue otra que los contratos de adhesión.

es tal que ni el Estado facilita realmente su acceso a los ciudadanos, ni está en la agenda política –sí en la electoral, siempre inocua– un impulso legislativo que ampare con decisión a los ciudadanos que adquirieron sus viviendas (déficit predicable en general respecto de la *seguridad de la tenencia*, referida no solo al dominio y piedra angular del derecho a una vivienda adecuada) en un mercado abonado, entonces y ahora, al abuso, habida cuenta de la ausencia de paridad cimentada en ese modo de contratación sin negociación que cada día parece más inevitable. Un tiempo global donde el Estado viene a menos, lo cual supone, como apunta LÓPEZ Y LÓPEZ, un venir a menos de su Derecho, una fuente de peligros en que pueden quedar comprometidos los derechos humanos más elementales⁷⁰.

Mientras no se tome en serio por los poderes públicos la función social de la vivienda ni se aplique plenamente el artículo 47 CE, habrá que darle la razón al Relator Especial de la ONU Miloon KOTHARI, quien en 2008 concluyó que, a pesar de lo dispuesto en nuestra Carta Magna, en la práctica la vivienda es considerada en España “un simple bien de consumo, que se compra y se vende”⁷¹.

⁷⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, op. cit., 2015, p. 640.

⁷¹ KOTHARI, M., “Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari : addendum : mission to Spain”, en *UN Human Rights Council*, 7.2.2008, A/HRC/7/16/Add.2, p. 27. El Informe es accesible en www.ohchr.org.

Capítulo 2

CUESTIONES NUCLEARES. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN Y CONTORNOS DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

2.1. PLANTEAMIENTO. UNIFICACIÓN Y ACTUALIZACIÓN NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Para afrontar el estudio del clausulado abusivo en el ámbito de la adquisición de vivienda se han de examinar una serie de cuestiones tanto sustantivas como prácticas, que son las que permiten la entrada en juego de las normas protectoras específicas (LCGC y TRLCU) y, en consecuencia, el control de la eventual abusividad del clausulado que conforma la contratación conducente a dicha adquisición. A tal fin, tomaremos en cuenta la normativa y jurisprudencia nacional y las emanadas de Bruselas y Luxemburgo, así como el moderno Derecho contractual europeo¹.

Analizaremos el tratamiento actual que se le da a las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento, partiendo de su origen, la Directiva 93/13, lo cual nos llevará a examinar la propia construcción conceptual, los criterios para apreciar la abusividad y los límites a tal consideración, teniendo presente los modernos instrumentos europeos, fundamentalmente PECL², ACQP³ y DCFR⁴ (para cuestiones relacionadas, el CEC⁵), los

¹ El Tribunal Supremo ha reconocido que actualmente se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores, y que la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª (vid. SSTs 15.1.2013, FJ 3º, 1; 17.1.2013, FJ 3º; 18.1.2013, FJ 5º; 18.11.2013, FJ 10º, 4; 30.6.2014, FJ 2º, ptos. 3 y 4) “conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual” (STs 8.9.2014, FJ 2º, 4).

² *Principles of European Contract Law*, de la COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW o LANDO COMMISSION. Vid. LANDO, O./BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II, Combined and Revised*, La Haya, 2000; LANDO, O./CLIVE, E./PRÜM, A./ZIMMERMANN, R. (eds.), *Principles of European Contract Law: Part III*, La Haya, 2003. La edición española de las Partes I y II corre a cargo de BARRES BENLLOCH, P./EMBIU IRUJO, J.M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, Madrid, 2003, y la Parte III por los mismos autores, *Principios de derecho contractual europeo: Parte III*, Madrid, 2007. En adelante, cuando citemos los comentarios sobre el articulado de los PECL, lo haremos sobre la edición española.

³ *Acquis Principles*, del RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW o ACQUIS GROUP. Vid. ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Munich, 2007, *Contract II*, Munich, 2009. Vid. también www.acquis-group.org.

⁴ *Draft Common Frame of Reference*, del STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE o STUDY GROUP junto con el ACQUIS GROUP. Vid. VON BAR, C./CLIVE, E./SCHULTE-NÖLKE, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, 2009; VON BAR, C./CLIVE, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Munich, 2009.

inspirados en este último, FS⁶ y CESL⁷, así como las propuestas de actualización de la normativa nacional sobre obligaciones y contratos civiles y mercantiles

Con carácter previo realizaremos en las líneas que siguen una síntesis del proceso armonizador de Derecho patrimonial privado que ya se lleva andado a nivel comunitario y del actualizador en materia civil y mercantil que en nuestro país aún le queda un largo camino por recorrer.

- *Proceso institucional de construcción de un Derecho contractual europeo uniforme*

Desde que en el *Action Plan*⁸ la Comisión Europea lanzara la idea de un Marco Común de Referencia⁹ (en adelante, MCR), creándose a tal fin la *CoPECL Joint Network on European Private Law*¹⁰, han existido dudas sobre qué naturaleza jurídica habría de tener el futuro instrumento de Derecho contractual europeo¹¹, hasta tal punto que la Comisión ha llegado a plantear siete posibles opciones al respecto en su *Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y*

⁵ *Code européen des contrats*, o Código de Pavía, de la ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS o Academia de Pavía, que hasta ahora tiene publicado un Libro I (“De los contratos en general”) y parte de un Libro II (“De los contratos en particular”, Título I “De la compraventa”). Vid. GANDOLFI, G. (coord.), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, Milán, 2002, *Livre deuxième – 1*, Milán, 2007, y *Livre deuxième – 2*, Milán, 2008. Vid. también www.accademiagiuristieuropei.it.

⁶ “Feasibility study for a future instrument in European Contract Law” o *Feasibility Study*, del EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW o EXPERT GROUP. Vid. EUROPEAN COMMISSION, *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, pp. 14-93, Annex IV (FS de 3.5.2011), y *European Contract Law, Work in Progress, Version of 19 August 2011* (FS de 19.8.2011); ambos textos son accesibles en <http://ec.europa.eu>. En adelante, para diferenciar ambas versiones, usaremos el acrónimo “FS rev.” para referirnos a la revisada de 19.8.2011.

⁷ *Common European Sales Law*, Anexo I del Reglamento propuesto por la Comisión el 11.10.2011. Vid. *infra* n. 25.

⁸ Comunicación de la Comisión “Un Derecho contractual europeo más coherente: plan de acción”, COM (2003) 68 final, de 12.2.2003, en DO C 63, de 15.03.2003, pp. 1-44.

⁹ Mediante el cual se pretende fijar principios, terminología y reglas modelo comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo, para ayudar a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo existente y futuro en dicho ámbito.

¹⁰ Red de excelencia, financiada por el “Sexto Programa Marco de ayuda a la investigación” de la UE, que engloba a varios grupos de investigación, de cuyos resultados caben destacarse los ACQP y el DCFR.

¹¹ Podría utilizarse como una “caja de herramientas” o un manual que la Comisión y el legislador europeo utilizaran para revisar la legislación en vigor o preparar legislación nueva en el ámbito del Derecho contractual, si se considerara necesario, como recordaba la Comisión en su *Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, donde sí dejó claro que el MCR no tendría por objeto una armonización a gran escala del Derecho privado, ni establecer un Código Civil europeo. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, COM (2007) 447 final, de 25.7.2007 (accesible en <http://ec.europa.eu>), pp. 11 y 12.

empresas¹² (en adelante, Libro Verde de 2010), entre las cuales estaba que dicho instrumento adoptara la forma de [“opción 1”, p. 7] una simple publicación *web* de los futuros resultados del EXPERT GROUP (en adelante, EG), creado por la Comisión dos meses antes mediante la Decisión 2010/233/UE¹³; [“opción 2”, pp. 7 y 8] una “caja de herramientas” oficial para el legislador, mediante un acto de la Comisión –apoyándose en los resultados del EG– o un acuerdo interinstitucional; [“opción 4”, pp. 9 y 10] un “instrumento opcional”, que se crearía por reglamento¹⁴.

Con la publicación del Libro Verde de 2010, la Comisión puso en marcha una amplia consulta pública que finalizó el 31.1.2011, y tras concluir el trabajo del EG se presentó por la Comisión sus resultados, brindando a los interesados la oportunidad de presentar observaciones sobre el FS¹⁵, para cuya elaboración (al efecto de reorganizar y completar las partes del DCFR relacionadas con el Derecho contractual) el EG hubo de tener en cuenta¹⁶ CISG¹⁷, PICC¹⁸, PECL, PCC¹⁹ y la entonces Propuesta

¹² Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, COM (2010) 348 final, de 1.7.2010 (accesible en <http://eur-lex.europa.eu>), pp. 7-11.

¹³ “Decisión de la Comisión, de 26.4.2010, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo”, en *DO L* 105, de 27.4.2010, pp. 109-111. Según el octavo Considerando y el art. 1, el EG debía prestar asistencia a la Comisión para preparar una propuesta de MCR en el ámbito del Derecho contractual europeo, incluida la materia de contratos mercantiles y de consumo, utilizando como punto de partida el DCFR, cuyas partes pertinentes debían seleccionarse por el EG al objeto de reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados, teniendo para ello en cuenta otros trabajos de investigación en este ámbito así como el acervo de la UE.

¹⁴ Sobre las distintas opciones de introducción de un Derecho contractual europeo, incluido el método del instrumento opcional, vid. *in extenso* INFANTE RUIZ, F.J., “Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo, en *Indret* 2/2008 (www.indret.com); VON BAR, C., “Eine neue Vertragsrechtsordnung für Europa”, en VON BAR, C./WUDARSKI, A. (eds.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, Munich, 2012, pp. 3-11.

¹⁵ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, p. 8. Esta publicación contenía (en su Anexo IV, pp. 14-93) el FS de 3.5.2011, siendo seguida por un período de consulta pública, y una versión revisada del FS publicada *online* en agosto de 2011 (vid. *supra* n. 6), sobre la que mayormente se basa la CESL, como señalan DANNEMANN y VOGENAUER, “Introduction: The European Contract Law Initiative and the ‘CFR in Context’ Project”, en DANNEMANN, G./VOGENAUER, S. (eds.), *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013, p. 14. El EG entregó su FS a finales de abril de 2011, la consulta sobre el mismo se mantuvo abierta por la Comisión desde el 3 de mayo al 1 de julio de 2011, recibiendo 106 contribuciones, que son accesibles en <http://ec.europa.eu>.

¹⁶ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *op. ult. cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁷ *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* o Convención de Viena de 1980, de la UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL), accesible en www.uncitral.org.

¹⁸ *Principles of International Commercial Contracts*, o *Principios Unidroit*, del INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT), que ha publicado tres ediciones de los PICC (1994, 2004 y 2010), accesibles en www.unidroit.org. En adelante, las referencias se harán sobre los PICC 2010.

¹⁹ *Principes Contractuels Communs*, de la ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y la SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. Vid. FAUVARQUE-COSSON, B./MAZEAUD, D. (cords.),

de Directiva sobre derechos de los consumidores²⁰, pues siendo el ámbito de aplicación del FS los contratos B2C y B2B, se procura un tratamiento diferenciado para otorgar un alto nivel de protección a los consumidores²¹.

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 8.6.2011, se mostró favorable a que el instrumento de Derecho contractual europeo, en cuanto a su naturaleza jurídica, adoptara la forma de “instrumento opcional” –mediante reglamento–, complementado por una “caja de herramientas” –mediante acuerdo interinstitucional– (esto es, una combinación de la opciones 4 y 2 del Libro Verde de 2010); y en cuanto a su ámbito de aplicación, opinaba que el instrumento debería abarcar contratos B2B y B2C pero con una configuración diferenciada que prestara especial atención a la protección de los consumidores, para lo cual pedía a la Comisión que tomara en cuenta el impacto que tuviese la Directiva sobre derechos de los consumidores²², sobre cuyo texto se había alcanzado un acuerdo político interinstitucional el 6.6.2011, refrendado en el Parlamento el 23.6.2011²³, publicándose posteriormente la actual Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores²⁴ (en adelante, Dir. 2011/83).

Finalmente el 11.10.2011, la Comisión presentó la “Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, Propuesta que junto al *reglamento* en sí (CESLR)

Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence, coll. «Droit privé comparé et européen», vol. 7, Paris, 2008.

²⁰ “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores”, presentada por la Comisión el 8.10.2008, COM (2008) 614 final, accesible en <http://ec.europa.eu>.

²¹ El FS cubre los contratos en general, venta de bienes y de servicios relacionados con las ventas, siendo aplicable a relaciones transfronterizas y nacionales. Para un análisis del FS, en relación con CISG, PICC y PECL, vid. LANDO, O., “On a European Contract Law for Consumer and Business – Future Perspectives”, en SCHULZE, R./STUYCK, J. (eds.), *Towards an European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 203-214. Para una visión crítica del FS, en especial sobre su ámbito de aplicación, vid. LOOS, M., “Scope and Application of the Optional Instrument”, en CSECL – WPS, 2011/09, 20.7.2011 (accesible en <http://papers.ssrn.com>).

²² Vid. PARLAMENTO EUROPEO, “Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2011, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas” [P7_TA(2011)0262] (accesible en www.europarl.europa.eu), concretamente los ptos. 5, 14, 16 y 28.

²³ Para un análisis *in extenso* de los antecedentes y el curso de los acontecimientos que alumbrarían el texto definitivo de la Directiva, así como los cambios sobre la Propuesta inicial, remitimos a nuestro trabajo “La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor: ¿fin de una controversia? A propósito de la Sentencia TJUE, Sala 1ª, de 3 de junio de 2010 y la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores”, en *RdP* n° 27, 2011 (vid. pp. 167-173).

²⁴ “Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”, en *DO L* 304, de 22.11.2011, pp. 64-88.

contiene en su Anexo I una *normativa común de compraventa* (CESL)²⁵. Se trata de un “instrumento opcional” (régimen jurídico alternativo que debería ser adoptado por los Estados miembros, pero de libre elección para los contratantes²⁶) concebido inicialmente como normativa aplicable a los contratos transfronterizos de compraventa de bienes²⁷ *muebles* [art. 2.h) CESLR], suministro de contenidos digitales y prestación de servicios [excluidos los financieros, art. 2.m).iv) CESLR] relacionados, pero con la Resolución del Parlamento de 26.2.2014²⁸ (en adelante, *RPE 2014*) se ciñó su ámbito a la *contratación* –mismas materias, con adición de otras²⁹– *a distancia*, con especial énfasis en la *online*³⁰. El recurso a la CESL por los contratantes se condiciona a que el vendedor de bienes o suministrador de contenidos digitales sea un comerciante³¹, cubriendo tanto las relaciones B2C³² como B2B, si bien inicialmente se requería para estas últimas que al menos uno de los comerciantes fuese una PYME, requisito que con la antedicha Resolución desaparece (vía enmienda 70) del art. 7 CESLR.

²⁵ Vid. COMISIÓN EUROPEA, “Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea”, de 11.10.2011, COM (2011) 635 final, accesible en <http://eur-lex.europa.eu>. Siguiendo los acrónimos utilizados por la propia Comisión, cuando nos refiramos al reglamento en sí (compuesto por preceptos que regulan su ámbito de aplicación y el modo en que las partes se pueden acoger a la normativa común) usaremos el acrónimo *CESLR*, y *CESL* cuando hablemos de la normativa común de compraventa europea (Anexo I, en p. 30 y ss. de la Propuesta).

²⁶ No se trata de algo novedoso, pues los regímenes opcionales son especialmente frecuentes en el Derecho europeo, y sin restringirse a este, pues también existen a nivel internacional, como refleja el análisis de LEHMANN, M., “Derecho privado europeo. ¿Un Derecho opcional?”, en *NUE*, n° 320, 2011, pp. 3-12.

²⁷ En la EM (p. 8) de la Propuesta esto se justifica por el hecho de que las reacciones al Libro Verde expresaron preferencias por este ámbito material. No parece sin embargo que la Comisión tuviera totalmente en cuenta la opinión del Parlamento, que, en su Resolución de 8.6.2011, abogaba porque entraran dentro del ámbito de aplicación del instrumento opcional, además de la compraventa de bienes y prestación de servicios, los *contratos de seguros* (vid. PARLAMENTO EUROPEO, op. ult. cit., pto. 25), que, como advierte EBERS, M. (“El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”, en *InDret*, 1/2012, p. 12) no se incluyeron en el texto original de la Propuesta.

²⁸ Por la cual aprobó su Posición en primera lectura sobre el texto de la Comisión, vía enmiendas al mismo. Vid. *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)), accesible en www.europarl.europa.eu.

²⁹ En concreto negocios vinculados y mixtos vía enmiendas 63-69 *RPE 2014*, que modifican el art. 6 CESLR.

³⁰ Vid. enmiendas 2, 27, 59 y 60 *RPE 2014*, que modifican, respectivamente, el Considerando 9 y los arts. 1.1, 4.1 y 5.1 CESLR.

³¹ Definido en la letra e) del art. 2 CESLR inicialmente como toda persona física o jurídica que actúa con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión, letra que por enmienda 31 *RPE 2014* se modificó así: “toda persona física o toda persona jurídica, *ya sea privada o pública*, que actúa con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión *en relación con contratos*”.

³² Señalan BAR-GILL y BEN-SHAHAR que la CESL incorpora algunas de las más importantes técnicas de protección del consumidor empleadas en el Derecho contractual europeo, si bien las critican desde la lógica económica: vid. BAR-GILL, O./BEN-SHAHAR, O., “Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law”, en *CML Rev.*, vol. 50, n° 3, junio 2012, pp. 109-126 (accesible en <http://papers.ssrn.com>).

No obstante la Comisión, en fecha 16.12.2014, con motivo de la comunicación al Parlamento de su programa de trabajo para el año 2015, anunció la retirada del texto existente a fin de acometer una propuesta modificada, centrada en potenciar el comercio electrónico en el Mercado Único Digital³³. El nuevo instrumento resulta todavía una incógnita, pero con independencia de que cambiase de nombre o carácter opcional, es deseable que mantenga, como parece ser la intención de la Comisión, la parte de la CESL relativa a consumidores, y en especial su regulación sobre cláusulas abusivas, que, estando claramente inspirada en el DCFR³⁴ (empero sin referencia al mismo³⁵, hecho criticado³⁶), va más allá de las previsiones de la Dir. 93/13.

- *Propuestas para actualizar la normativa española de contratación civil y mercantil*

A nivel interno existen dos propuestas de actualización del Derecho privado que vendrían a remozar la disciplina de los contratos civiles y mercantiles contenida, respectivamente, en el CC y el CdC, con un distinto enfoque: por un lado, la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*³⁷ (en adelante, PMCC) se centra exclusivamente en las normas de Derecho general de obligaciones y contratos, actualmente comprendidas en los arts. 1088-1314 CC; por otro, la *Propuesta de Código Mercantil*³⁸ (en adelante, PCM) aborda la elaboración de un nuevo texto que sustituya al vigente CdC.

³³ Vid. ANNEX to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Commission Work Programme 2015. A New Start, Estrasburgo, 16.12.2014, COM(2014) 910 final, ANNEX 2 (<http://ec.europa.eu>), p. 12, pto. nº 60.

³⁴ Para un exhaustivo análisis de la Propuesta, y su relación con DCFR y FS, vid. MICKLITZ, H.-W./REICH, N., "The Commission Proposal for a 'Regulation on a Common European Sales Law (CESL)' - Too Broad or Not Broad Enough?", en *EUI - LWP*, 2012/04, feb. 2012 (accessible en <http://cadmus.eui.eu>).

³⁵ Igual omisión sufrió antes en la entonces proyectada Directiva sobre derechos de los consumidores, si bien en este caso no estaba clara la relación entre ambos textos, hasta el punto de parecer que no había tenido en cuenta el DCFR, como apuntara EBERS, M., "De la armonización mínima a la armonización plena" (trad. de ARROYO I AMAYUELAS, E.), en *InDret*, 2/2010, pp. 9 y 10. También se sorprendían de tal circunstancia, criticándola, MICKLITZ, H.-W./REICH, N., "Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a Directive on consumer rights", en *CML Rev.*, vol. 46, nº 2, abril 2009, p. 473; ROTT, P./TERRY, E., "The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No single Set of Rules", en *ZEUP*, 3/2009, p. 458.

³⁶ VALPUESTA GASTAMINZA (op. cit., p. 213) señala que, con esa injusta omisión, parece como si el texto surgiera de la nada, o directamente del FS sin pasar por el DCFR.

³⁷ Vid. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, "Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, enero 2009, y Suplemento "Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos".

³⁸ Vid. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL, *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Madrid, 2013.

La PMCC pretende ser en España lo que la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26.11.2001³⁹, en vigor desde el 1.1.2002) fue en Alemania, es decir, introducir en el Código Civil, entre otras disposiciones, las relativas a las condiciones generales⁴⁰, actualizando la regulación contractual para colocarla en línea con los esfuerzos armonizadores existentes en el seno de la UE.

Dedica su Sección 4ª (arts. 1261-1264) a las condiciones generales, aunando previsiones típicas de la LCGC, como el control de inclusión (en art. 1261), y del TRLCU, como el control de contenido y la lista negra de cláusulas abusivas (en art. 1262), remitiendo no obstante a la legislación especial cuando el contrato sea B2C (art. 1262.5), de manera que el control de abusividad en contratos con consumidores se seguiría rigiendo por las disposiciones del TRLCU, mientras que para el resto de contratos habría que estar a la PMCC, que vendría así a extender dicho control a todos los contratos con cláusulas no negociadas individualmente.

Además de señalar en su Exposición de Motivos (IV) a dicha ley alemana como ejemplo paradigmático y reconocer (IX) su alineación con ella en cuanto a la opción de recoger al menos el núcleo sustancial de las reglas especiales del Derecho de consumo en materia contractual⁴¹, se hace énfasis en la influencia del moderno Derecho

³⁹ BGBl. I Nr. 61 S. 3138-3218.

⁴⁰ En el Libro II del BGB (§§ 305-310) se recoge la derogada AGBG, implementando la Dir. 93/13/CEE. Firme opositor a la integración del régimen jurídico material de las condiciones generales en el BGB fue P. ULMER, por las razones apuntadas en “Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk”, en *JZ*, 10/2001, pp. 491-497. Para una crítica sobre la técnica legislativa empleada vid. LAMARCA I MARQUÉS, A., “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, en *InDret*, 1/2002, p. 8. Vid. también ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado”, en *RDPR*, nº 86, 2002, pp. 187-206; INFANTE RUIZ, F.J., “Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución”, en *RdP*, nº 8, 2002, pp. 153-172; EBERS, M., “La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002”, en *ADC*, vol. 56, 4/2003, pp. 1575-1608.

⁴¹ En palabras del que fue en vida Presidente de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., [“La propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (una presentación)”, en *BMJ*, nº 2130, abril 2011, p. 5], la Propuesta “ha seguido las pautas y el rastro de la Ley alemana de modernización a la hora de proponer la inclusión en el texto del Código civil de la mayor parte del moderno Derecho especial, denominado Derecho de consumidores y usuarios en materia contractual. En este sentido, la Propuesta recoge la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, las condiciones generales de la contratación, y las normas sobre protección de los consumidores en los contratos a distancia”.

contractual europeo, citando a los PECL, y de la *lex mercatoria* internacional (CISG y PICC, citados ib., IV)⁴² a su vez fuente de la que beben aquellos.

Téngase presente que antes de que se conocieran los PECL, la Comisión General de Codificación ya estaba trabajando sobre la base de CISG y PICC, si bien el ámbito de aplicación material y territorial de estos textos⁴³ no los hacían tan atractivos como los PECL al efecto de modernizar el Libro IV del CC, pues los Principios tratan de aunar reglas para las relaciones B2B, B2C y C2C, tanto en operaciones transfronterizas como internas (frente a CISG y PICC, con reglas para relaciones transfronterizas bajo criterios básicamente comerciales), criterios que siguen ACQP y DCFR, textos europeos que por razones cronológicas no se tomaron en cuenta al elaborar la PMCC, para la que sí podría haberse tenido en consideración el CEC o Proyecto GANDOLFI, por ser paralelo al Proyecto LANDO (PECL), pero no fue así, siendo testimonial su valor en España⁴⁴. El CEC se inspira en el *Codice civile* italiano y en el *Code McGregor*⁴⁵, tratando así de armonizar las soluciones de los sistemas contractuales de *Civil Law* y *Common Law*.

La gran atención puesta por la doctrina científica en la PMCC⁴⁶ y su invocación por la jurisprudencia⁴⁷, contrastan con el escaso apoyo político recibido, no obstante lo cual merece un especial interés por cuanto responde a una nueva perspectiva del

⁴² Sobre la influencia de estos textos en los trabajos de la Comisión General de Codificación, vid. PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Madrid, 2013, pp. 188-191.

⁴³ La CISG para la compraventa internacional de mercaderías, los PICC para todos los contratos mercantiles internacionales, de los que pretende ser un código general. Ambos textos excluyen de su aplicación las ventas o contratos con consumidores (vid. PICC, "Preamble - Comment", 2010, p. 2) porque en este ámbito existen normas nacionales imperativas que podrían colisionar con la regulación propuesta, como recuerda VALPUESTA GASTAMINZA, E., "La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor", en CDT vol. 5, nº 1, 2013 (accesible en www.uc3.es/cdt), p. 211.

⁴⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "La necesaria influencia del derecho privado europeo en la propuesta", en ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 17-19 y 23.

⁴⁵ MCGREGOR, H., *Contract Code: Drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milán, 1993.

⁴⁶ Además de los ya citados, i.a., SALVADOR CODERCH, P., "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", en *InDret*, 4/2009; ARANA DE LA FUENTE, I., "Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", en *InDret*, 4/2010; FENOY PICÓN, N., "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento", y "Parte segunda: los remedios del incumplimiento", en ADC, por su orden, vol. 63, 1/2010, pp. 47-136, y vol. 64, 4/2011, pp. 1481-1684.

⁴⁷ Lo que para OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", en RDC, vol. I, nº 3, 2014, p. 60, demuestra que "se trata de un texto cuyas virtudes no deben ser precisamente menores cuando ya está siendo invocado por la Sala Primera del propio Tribunal Supremo con el objeto de ofrecer soluciones modernas a problemas contemporáneos que no fueron previstos en los códigos decimonónicos". Vid. SSTs citadas ib., n. 97.

Derecho de obligaciones y contratos civiles, bajo influencia del Derecho contractual europeo y directivas comunitarias sobre contratación con consumidores⁴⁸.

Por su parte, la PCM, reflejada en el Anteproyecto aprobado por el Gobierno en mayo de 2014⁴⁹, recopila y actualiza en un único texto toda la legislación mercantil existente e incorpora materias carentes de regulación específica. En lo que atañe a las obligaciones y contratos, contiene normas básicas en la materia (Libro 4º, Título I) que se inspiran en CISG, PICC y PECL, según reconoce la EM (V-2), y una parte dedicada a condiciones generales (Libro 4º, Título III) que no se ocupa de todos los aspectos del régimen jurídico de las mismas, desarrollados en su regulación específica, sino solo de los más básicos (EM, V-13), tales como su concepto (art. 430-1), eficacia (art. 430-3) y reglas de incorporación e interpretación (arts. 430-2 y 430-4, respectivamente).

Se toma como criterio general el de no incorporar las normas de protección de los consumidores, considerando que, al ser el TRLCU un texto legal equiparable a un código en la materia, no resultaría adecuado alterar tal planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de esas normas como ajenas a la regulación del código mercantil propuesto, sobre el que tendría prioridad la legislación protectora⁵⁰. Este enfoque tiene reflejo, por ejemplo y en lo que nos interesa, en la disposición general sobre la compraventa mercantil (art. 511-1 PCM), al establecer que este contrato tendrá tal naturaleza en razón de las partes (vid. art. 001-2) *“sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre protección del consumidor”*. Dedicó la PCM los arts. 511-24 a 511-27 a la compraventa de inmuebles y, dentro de los contratos financieros mercantiles (Libro 5º, Título VII), los arts. 573-1 a 573-11 al préstamo dinerario.

El texto de la PCM cuenta con no pocas voces críticas⁵¹, y por lo que se refiere a sus Libros 4º (*“De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”*) y 5º (*“De los contratos mercantiles en particular”*), se destaca la falta de atención a la PMCC y la

⁴⁸ ALBIEZ, op. ult. cit., p. 16. La propia PMCC, en su EM (IV), destaca el hecho de que la UE haya producido un gran número de directivas, que, aunque directamente relacionadas con los contratos de consumo, han supuesto un núcleo del Derecho europeo de contratos que a su vez impone la necesidad de coordinarlo con el resto del ordenamiento.

⁴⁹ *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, C.M. 30/5/2014. Vid. nota de prensa del Mterio. de Justicia de misma fecha. Ambos accesibles en www.mjusticia.gob.es.

⁵⁰ Vid. EM del Anteproyecto, apdos. I-13 y I-34. En el primero se señala además que desde el punto de vista objetivo, las relaciones de los “operadores del mercado” (noción que engloba y amplía la actual de empresario: vid. art. 001-2) *entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil*.

⁵¹ I.a., ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación”, en *DLL*, 17.10.2013, documento online, pp. 1-16; GARCÍA RUBIO, M.P., “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil”, en *RDC*, vol. I, nº 1, 2014, pp. 7-27; OLIVA, op. cit., pp. 37-66, y doctrina citada en p. 38, n. 5.

adopción de un sistema dualista que en textos separados diferencia la contratación por ramas, cuando en la UE –sea a nivel institucional comunitario o académico europeo– se apuesta por un modelo de Derecho de obligaciones y contratos unificado, en que no tiene sentido la división entre lo civil y lo mercantil⁵². Con todo, es una incógnita cuál será la redacción definitiva del pretendido código mercantil, si es que llega a ver la luz siquiera como proyecto de ley, mas se agradecería que las Secciones Civil y Mercantil de la Comisión General de Codificación aunaran esfuerzos para no ir en dirección opuesta a esa tendencia unificadora.

2.2. CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

Toda cláusula abusiva es una cláusula *no negociada individualmente*, pero esta no es siempre abusiva. La falta de negociación individual no implica *per se* el carácter abusivo, tan solo supone un requisito para poder apreciarlo, requisito derivado de una decisión de política legislativa: excluir las cláusulas negociadas individualmente por el consumidor del control de contenido establecido en la Dir. 93/13.

Tal exclusión se opera por vía indirecta, en el art. 3 Dir. 93/13, al limitar la consideración de abusividad, y por ende su posible enjuiciamiento de equidad, al clausulado que no se haya negociado individualmente; pero cabe recordar que en la Propuesta original de Directiva de 1990 se preveía un control genérico de todos los contratos celebrados con consumidores⁵³, que pasó a la modificada de 1992⁵⁴, donde se

⁵² De hecho, no existe tal división en los textos (académicos e institucionales) de los que se ha afirmado su posible condición de borrador o núcleo de un Código civil europeo: así, respecto de los PECL, LANDO, O., “Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium”, en *Sc.St.L.*, nº 40, 2000, p. 364; respecto del DCFR, JANSEN, N./ZIMMERMANN, R., “‘A European Civil Code in All But Name’: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference”, en *CLJ*, vol. 69, 1/2010, p. 98; respecto de la CESL, ZIMMERMANN, R., “Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law”, en *ERLC*, vol. 8, 4/2012, p. 388.

⁵³ Art. 3 de la “Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, presentada por la Comisión el 24.7.1990, COM (90) 322 final-SYN 285, en *DO C* 243, de 28.9.1990, pp. 2-5. En dicho precepto se establecía que los Estados miembros “prohibirán el uso de cláusulas abusivas en todos los contratos celebrados con un consumidor por una persona que ejerza una actividad comercial, industrial o profesional”, esto es, su ámbito de aplicación era B2C, con independencia de que el clausulado contractual fuera fruto de la negociación individual o no, de hecho en la definición de cláusula abusiva (art. 2.1) no se contenía referencia alguna al carácter negociado o no de la estipulación contractual.

⁵⁴ Art. 7 de la “Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, presentada por la Comisión el 5.3.1992, COM (92) 66 final-SYN 285, en *DO C* 73, de 24.3.1992, pp. 7-12. Decía tal artículo que los Estados miembros “deberán prohibir el uso de cláusulas abusivas en todo contrato concluido por un profesional con un consumidor independientemente de la ley aplicable”; y, en cuanto a la conceptualización de cláusula abusiva, el art. 3 establecía los parámetros de control para

establecía un doble sistema de control, para las cláusulas no negociadas individualmente, en su art. 3, y para las negociadas, en su art. 4, si bien este último fue suprimido por la opinión del Parlamento Europeo, que se manifestó en la misma línea que la doctrina alemana (que criticó duramente el control de las cláusulas negociadas), y por la presión de las asociaciones empresariales⁵⁵, lo que llevó al Consejo, en la posición común adoptada respecto a la Directiva, a acordar la limitación del alcance del control de contenido a las cláusulas no negociadas individualmente, fórmula recogida finalmente por la Dir. 93/13, contrastando con otras Directivas posteriores que, aun teniendo un ámbito de aplicación muy limitado, prevén un control judicial de cláusulas contractuales sin restricción a las no negociadas⁵⁶.

2.2.1. Rasgos característicos, con especial referencia a los instrumentos de modernización

Como sabemos, el legislador español optó en su día por incorporar la limitación en la norma de transposición de la Dir. 93/13, esto es, la LCGC, cuya DA 1ª añadió el art. 10 *bis* a la LCU, reproduciendo su aptdo. 1 esencialmente lo establecido en el art. 3.1 Dir. 93/13, y con ello la configuración del concepto de cláusula abusiva restringido a las cláusulas no negociadas individualmente. Así se mantiene en el vigente art. 82.1 TRLCU, heredero de aquel precepto de la LCU. El problema es que en nuestro ordenamiento no existe un concepto legal de cláusula “no negociada individualmente”, locución que entre nosotros aparece tras la entrada en vigor de la LCGC, que introdujo dicha expresión en los arts. 10 y 10 *bis* LCU.

medir la abusividad de las cláusulas que no hubieran sido objeto de negociación individual, mientras que el art. 4 hacía lo propio con independencia de que hubiera o no dicha negociación separada del clausulado.

⁵⁵ Vid., para más detalles, BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999, pp. 94 y 95.

⁵⁶ Como señalan PFEIFFER, T./EBERS, M., “Art. 6:101”, en ACQUIS GROUP, op. cit., 2007, p. 214, poniendo como ejemplos la Dir. 99/44/CE (art. 7.1) y Dir. 2011/7/UE (art. 3.3). Para un mayor detalle de la Dir. 93/13, vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, en RDM, nº 213, 1994, pp. 461-504; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “Consideraciones introductorias sobre la directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria”, en POLO DÍEZ, A. (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, Madrid, 1994, pp. 651-674; PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998.

En la actualidad, tal locución aparece en los arts. 80 y 82 TRLCU (y, *a sensu contrario*, en art. 1.2 LCGC⁵⁷), pero sin formular expresamente un concepto, que, por tanto, se ha de extraer de la Dir. 93/13, cuyo art. 3 alumbró esta noción⁵⁸, caracterizada por la imposibilidad del consumidor de influir en el contenido de la cláusula, esto es, por la *imposición*. Además, con el fin de proteger al consumidor, la Directiva establece una presunción de no negociación cuando la cláusula es formulada con antelación⁵⁹, esto es, cuando ha habido *predisposición*. Por tanto, dentro del ámbito B2C, que es el propio de la Dir. 93/13, una cláusula “no negociada individualmente” es aquella impuesta en tanto que predispuesta, dando como ejemplo típico la Directiva el caso de los contratos de adhesión (pfos. 1º y 2º del art. 3.2⁶⁰). No limita la noción a la contratación en masa, de hecho menciona la categoría de condición general (*standard term*), sin definirla, como tipo ilustrativo del concepto general de cláusula no negociada individualmente⁶¹ (pfo. 3º del art. 3.2⁶²).

⁵⁷ Aunque el art. 1 LCGC no exige expresamente, al efecto de considerar una cláusula como condición general, que la cláusula no se haya negociado individualmente, sí se deduce dicha exigencia de su aptdo. 2 (“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”), coincidente con la regla del art. 3.2.II Dir. 93/13 prevista para sujetar el resto del clausulado al control de abusividad –esta es la única diferencia con el art. 1.2 LCGC, cuya redacción es casi idéntica, salvo por la sujeción a la normativa de condiciones generales–, que tiene su reflejo en el art. 82.2.I TRLCU pero sin la referencia al contrato de adhesión que en los otros dos preceptos aparece como marco indiciario de la existencia de cláusulas no negociadas individualmente.

⁵⁸ En la Propuesta modificada de 1992 se introdujo la distinción entre cláusulas negociadas y no negociadas individualmente, ausente en la Propuesta original de 1990 (vid. *supra* n. 53), pero no para excluir a las primeras de su ámbito de aplicación, sino para establecer parámetros de control en unas y otras (vid. *supra* n. 54). El art. 3.2.I de la Propuesta modificada contenía la definición de cláusula no negociada individualmente, que pasó sin cambio alguno al vigente art. 3.2.I Dir. 93/13.

⁵⁹ Señala WILHELMSSON que dicha presunción es absoluta (*iuris et iure*), pues el pfo. 1º del art. 3.2 Dir. 93/13 establece que “a term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term”; WILHELMSSON, T., “The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts (Art. 1§1, 3§1, 4§2)”, en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 1, Bruselas, 1999 (accesible en <http://ec.europa.eu>), p. 95. La precisión apuntada sobre los términos empleados por la Directiva en su art. 3.2.I –siempre (...) por lo tanto– no es apreciable en la traducción española oficial, según la cual “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido”.

⁶⁰ El pfo. 1º, tras elaborar la noción de cláusula no negociada individualmente, finaliza diciendo que “(...) particularly in the context of a pre-formulated standard contract”. Por su parte, el pfo. 2º salva la aplicación del test de abusividad sobre el contrato que, aun contando con alguna cláusula negociada individualmente (ya sea parcialmente o en todos sus extremos), apreciado globalmente conduzca a la conclusión de que “(...) is nevertheless a pre-formulated standard contract”, precisamente porque para la Directiva los contratos de adhesión son caldo de cultivo de cláusulas no negociadas individualmente.

⁶¹ Señala GIMÉNEZ COSTA, A. (“II-1:109: Condiciones Generales de la contratación”, en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV*

Los PECL van en camino inverso: no formulan tal concepto, pero se refieren de forma indirecta a las cláusulas no negociadas individualmente al definir las condiciones generales⁶³, siguiendo en este sentido a los PICC [arts. 2:209(3) PECL y 2.1.19(2) PICC⁶⁴]. En ambos textos la *falta de negociación* de la cláusula es requisito de su consideración como “condición general” (“cláusula estándar” en la terminología de los PICC), pero sin embargo no precisan qué ha de entenderse por tal. En el Comentario al art. 2.1.19 PICC se indica que tal requisito supone que las condiciones generales deben aceptarse como un todo, de manera que no lo cumplen las estipulaciones que *pueden* discutirse⁶⁵; por tanto cabe extraer que para los PICC una cláusula no negociada sería aquella propuesta por una parte y que la otra ha tenido que aceptar sin posibilidad de discutir su contenido⁶⁶.

Para encontrar en los PECL elementos que nos permitan mantener un criterio similar hay que acudir al art. 4:110, relativo a las cláusulas abusivas, concretamente a su Comentario (F.), donde consta que una cláusula se entiende negociada individualmente cuando haya sido objeto explícito de negociaciones, pudiendo de ellas resultar que la cláusula propuesta sea modificada o suprimida, o bien que permanezca tal y como estaba redactada⁶⁷; de donde se deduce que lo decisivo para diferenciar una cláusula negociada de otra no negociada individualmente es la posibilidad o imposibilidad de influir en su contenido: si se tuvo la oportunidad de discutir concretamente esa cláusula se entendería negociada individualmente, con

del marco común de referencia, Tomo I, Barcelona, 2012, p. 118) que el art. 3.2 Dir. 93/13 menciona la categoría de condición general, junto a la de contratos de adhesión, como dos tipos que ejemplifican el concepto de cláusulas no negociadas individualmente. Esto ya fue puesto de manifiesto por PFEIFFER/EBERS (“Art. 6:101”, 2007, p. 215), indicando que los ACQP siguen la Dir. 93/13 a este respecto.

⁶² Que dispone “where any seller or supplier claims that a *standard term* has been individually negotiated, the burden of proof in this respect shall be incumbent on him”. En la versión española oficial, además de cambiar *seller or supplier* por “profesional” (lo que también ocurre en su definición del art. 2 c.), se ha traducido *standard term* como “cláusula tipo” en vez de “condición general”, optándose así por una traducción más literal pero menos ilustrativa para nosotros.

⁶³ También al tratar: el deber de advertencia sobre el clausulado (art. 2:104), la *merger clause* (art. 2:105), las cláusulas abusivas (art. 4:110), la interpretación *contra proferentem* (art. 5:103), y la preferencia por los términos negociados (art. 5:104).

⁶⁴ Aunque ambos preceptos emplean distinta terminología sobre las condiciones generales (*general conditions of contract* en PECL, *standard terms* en PICC), la idea es la misma: cláusulas redactadas/preparadas con antelación para una pluralidad de contratos de cierta clase (PECL)/su uso general y repetido (PICC), y que no han sido negociadas individualmente entre las partes (PECL)/son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte (PICC).

⁶⁵ PICC, “Art. 2.1.19 – Comment”, 2010, p. 66.

⁶⁶ Comparte este criterio GIMÉNEZ COSTA, “II.-1:110: Cláusulas no negociadas individualmente”, en VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, op. cit., p. 125.

⁶⁷ *Principios, Partes I y II*, “Art. 4:110 – Comentario”, p. 388 (p. 269 en LANDO/BEALE, op. cit.).

independencia de que finalmente haya cambiado o no su contenido original; por el contrario, si la cláusula se presenta como un resultado final que se ha de aceptar tal cual como parte del contrato, tal cláusula debería considerarse no negociada individualmente. Con todo, en dicho Comentario se advierte que la consideración de una cláusula como negociada o no individualmente dependerá de las circunstancias del caso⁶⁸.

A medio camino entre PICC y PECL está la PMCC: se refiere de forma indirecta a las cláusulas no negociadas individualmente al definir las condiciones generales (*idem* PICC y PECL), para lo cual toma el concepto recogido en PICC, y sin formular una noción de dichas cláusulas emplea la categoría al tratar las cláusulas abusivas (art. 1262 PMCC), al igual que PECL (art. 4:110). El art. 1261.1.I PMCC establece que las condiciones generales son “*cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente*”⁶⁹, dando así un concepto distinto al vigente, sin hacer referencia expresa al elemento de imposición (definidor de las condiciones generales *ex* art. 1.1 LCGC junto a la predisposición y generalidad), como también ocurre en ACQP [art. 6:101(3)] y DCFR (art. II.-1:109). La diferencia es que mientras en estos textos europeos la imposición ya va implícita al conceptualizar la condición general como una cláusula que no ha sido negociada individualmente, pues ofrecen una definición de esta en que está presente la imposición (como imposibilidad de influir en su contenido), la PMCC carece de noción alguna al respecto, y si bien es cierto que remite a la legislación especial cuando el adherente sea consumidor (art. 1262.5 PMCC), también lo es que el TRLCU está huérfano de dicha noción. También prescinde del elemento de imposición para definir las condiciones generales el art. 33 CEC, que de hecho no las conceptúa

⁶⁸ Sin mayor precisión se señala que una cláusula de las condiciones generales que se repita en diversos contratos se considerará normalmente como no negociada individualmente, y que una cláusula escrita a mano en un único contrato se considerará negociada individualmente, “*no obstante, en el caso concreto puede ser de otra manera, atendidas las circunstancias*” (LANDO/BEALE, *ib.*). Partiendo del art. 4:110 PECL, y su Comentario, por comparación con el art. 6:233(a) BW –que sería la norma equivalente–, DE VRIES puso de manifiesto la diferencia con el Derecho holandés, donde las cláusulas negociadas individualmente pueden constituir condiciones generales, por lo que cabría su impugnación bajo el art. 6:233(a) BW, señalando como preferible el criterio de los PECL; DE VRIES, G.J.P., “Are The Principles of European Contract Law better than Dutch Contract Law?”, en HESSELINK, M.W./DE VRIES, G.J.P., *Principles of European Contract Law*, La Haya, 2001, pp. 143 y 144. Es de resaltar que el actual art. 6:231(a) BW no recoge el requisito de falta de negociación al definir las condiciones generales, al contrario que el art. 2:209(3) PECL, como tampoco lo recoge el art. 6:233 BW y sí el art. 4:110 PECL.

⁶⁹ La formulación es casi idéntica a la recogida en art. 2.1.19(2) PICC: cláusulas “*preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte*”.

expresamente como cláusulas no negociadas individualmente⁷⁰ (categoría que solo se encuentra, sin definirla y de forma indirecta, en el art. 30.5 CEC, sobre contenido abusivo en contratos B2C), igual que hace el art. 430-1 PCM en su aptdo. 1, aunque advierte su aptdo. 2 que las condiciones generales dejan de serlo ante una negociación individualizada⁷¹.

La regulación más completa la ofrecen, por tanto, ACQP y DCFR. Los ACQP dedican todo un capítulo a las cláusulas no negociadas (Capítulo 6, arts. 6:101–6:306), cuyo ámbito de aplicación son las cláusulas no negociadas individualmente, *incluidas las condiciones generales* (*standard terms* en la terminología de ACQP⁷²), según reza el art. 6:101(1), precisamente porque una condición general es una cláusula no negociada individualmente, y así queda claro en los aptdos. 2 y 3 del art. 6:101 ACQP: aquel proporciona una definición de cláusula no negociada individualmente que sigue esencialmente la recogida en Dir. 93/13, hasta tal punto que, al igual que esta, menciona la categoría de contrato de adhesión (*standard contract*), sin llegar a definirla, como ejemplo típico; el siguiente apartado (3) conceptúa la condición general como *cláusula que, preformulada para varias transacciones con diferentes partes, no ha sido negociada individualmente*, poniendo de relieve en suma que tanto los contratos de adhesión como las condiciones generales son categorías que ejemplifican las cláusulas no negociadas individualmente⁷³. Esto mismo hace el DCFR en su art. II.-1:109, al dar una definición

⁷⁰ Dispone que condiciones generales son cláusulas “*préparées par l'une des parties en vue de réglementer de manière uniforme une pluralité de rapports contractuels*”, esto es, preparadas por una de las partes con la finalidad de reglamentar de una manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas.

⁷¹ Dispone el art. 430-1, aptdo. 1, que “*Son condiciones generales las predispuestas por una de las partes para su utilización inalterada en una o varias categorías de contratos*”, y su aptdo. 2 que “*Las condiciones generales dejan de serlo cuando durante la formación o modificación de un contrato se someten a negociación individualizada o negociación competitiva*”.

⁷² Nótese el cambio que en este sentido se da en *Contract II* respecto al *Contract I*, donde el art. 6:101 hablaba de “*standard contract terms*” en sus aptdos. 1 y 3. Este ha sido uno de los preceptos cuya redacción ha experimentado una ligera variación al pasar al *Contract II*, en cuyas pp. 477-479 se contiene la *Table of Derivations*, donde pueden verse los cambios generales entre ambos volúmenes de los ACQP, que, respecto a las disposiciones existentes en *Contract I*, algunas se retocan levemente y otras se reformulan, si bien se mantiene la redacción de la mayoría, incidiendo más este segundo volumen en introducir nuevas disposiciones en los Capítulos preexistentes (1-7) y recoger el nuevo Capítulo 8.

⁷³ En el Comentario al art. 6:101 ACQP se afirma que, efectivamente, los ACQP siguen la Dir. 93/13 a este respecto: vid. PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:101”, 2007, pp. 214-215, 2009, pp. 298-299, añadiendo que la Directiva, al igual que deja claro que ambas categorías se incluyen en la general de cláusulas no negociadas individualmente, también debería aclarar que un contrato de adhesión es un contrato que comprende condiciones generales. Esto, sin embargo, no será siempre así, ya que, si bien es cierto que todo contrato con condiciones generales es un contrato de adhesión, no todo contrato de adhesión contiene condiciones generales, pues existen contratos de adhesión particulares, donde la preformulación del clausulado no lo ha sido para una generalidad de contratos, sino para uno en concreto.

de condición general idéntica a la del art. 6:101(3) ACQP, y casi idéntica a la que de esta disposición se contendía en *Contract I*, donde la diferencia era la nota de contractualidad que no aparece en el DCFR⁷⁴ (reproducción exacta de tal concepto se recoge en FS y, añadiendo la contractualidad, en CESLR⁷⁵); seguramente por querer prescindir del acotamiento a las cláusulas “contractuales”, el art. II.-1:110(1) DCFR, definidor de las no negociadas individualmente⁷⁶, no pone como tipo ilustrativo los contratos de adhesión.

Prescindiendo ambos textos del referente de consumo del art. 3.2.I Dir. 93/13⁷⁷, siguen su mismo criterio al caracterizar la cláusula no negociada individualmente por la imposibilidad de influir en su contenido. El art. 6:101(2) ACQP incluye expresamente en tal criterio un elemento de causalidad: dicha imposibilidad debe ser consecuencia de que la cláusula haya sido redactada previamente⁷⁸. En cambio, el art. II.-1:110(1) DCFR pone la redacción previa a modo de ejemplo, en el sentido de que normalmente no se puede influir en el contenido de una cláusula si la otra parte la ha prerredactado, ya sea como parte de condiciones generales o no⁷⁹ (exactamente igual el art. 5(1) FS y, prescindiendo del ejemplo de la redacción previa y de la indiferencia sobre formar

⁷⁴ El art. II.-1:109 DCFR se refiere a las condiciones generales como “standard terms”, mientras que el art. 6:101(3) ACQP lo hacía como “standard contract terms” en *Contract I*, donde los comentaristas oficiales indicaban que, debido a la estructura de los ACQP, las disposiciones del Capítulo 6 resultaban aplicables a las cláusulas “contractuales”, lo cual no quería decir que las cláusulas estándar en otros instrumentos (por ejemplo, poderes, recibos) quedaran fuera, de hecho no lo estarán si su función fuese similar a una cláusula contractual (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:101”, 2007, p. 217).

⁷⁵ La definición del art. 2(17) FS es calcada a la del art. II.-1:109 DCFR. En el *FS rev.* se optó por añadir la nota de contractualidad al concepto de condiciones generales [art. 5(5) *FS rev.*], y así pasó al art. 2 CESLR, inicialmente en su letra *d*), cambiando ubicación a la letra *f septies*) con la *RPE 2014* (enmiendas 30 y 38).

⁷⁶ Como se advierte en los Comentarios al art. II.-1:110 DCFR, su aptdo. 1 no se limita a las cláusulas de un contrato, de modo que las presentes en otros instrumentos también están cubiertas (DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, p. 161).

⁷⁷ El art. 6:101 ACQP se aplica a todos los contratos, con independencia de que en el Capítulo 6 estén previstas reglas específicas para transacciones B2C [arts. 6:101(2), 2º inciso, 6:201(4), 6:304 y 6:305] y B2B [art. 6:301(2)], de hecho el resto de disposiciones de dicho capítulo se aplican a todo tipo de contratos (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:101”, 2007, p. 215, 2009, p. 299). Por su parte, el art. II.-1:110 DCFR tampoco restringe su aplicación a las relaciones B2C, si bien para estas prevé reglas específicas en sus aptdos. 4 y 5 (DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, p. 163).

⁷⁸ Dispone el art. 6:101(2) que “A term supplied by one party (the user) is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content *because* it has been drafted in advance...”. No obstante, se advierte que este criterio de causalidad no requiere que la redacción anticipada sea la única razón de la imposibilidad de influir en la cláusula (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:101”, 2007, p. 218, 2009, p. 302).

⁷⁹ DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, p. 162. Establece el art. II.-1:110(1) que “A term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, *in particular because* it has been drafted in advance, *whether or not as part of standard terms*”.

parte de condiciones generales, el art. 7.1 CESL⁸⁰). En los Comentarios a estos preceptos se especifica que una cláusula ha sido redactada con antelación si su contenido es fijado por quien la utiliza “antes de las negociaciones”⁸¹, que solo una negociación *real y significativa* sobre la cláusula excluye su consideración como no negociada, y que una negociación será real y significativa si se ofrece la oportunidad de influir en la cláusula⁸².

El hecho de que no haya cambiado su contenido no es lo relevante para distinguir las cláusulas negociadas de las no negociadas individualmente⁸³, porque si bien es cierto que ello acontecerá en estas últimas, también puede darse en aquellas: el mantenimiento del contenido de las no negociadas se produce porque de hecho no hubo otra opción (la no modificación no es la causa sino la consecuencia), en las negociadas porque *pudiendo modificarse* finalmente se mantuvo su contenido. Esto fue objeto de debate en los *Workshops* de la conferencia *The Directive on “Unfair Terms”, five years later – Evaluation and future perspectives*⁸⁴, donde se analizó el art. 3.2 Dir. 93/13, considerando una parte de la doctrina que, para admitir la existencia de negociación, la cláusula tipo tiene que haber sido modificada, mientras que otros autores sostenían que dicha cláusula podría considerarse como negociada aunque no fuese modificada,

⁸⁰ Para el art. 7.1 CESL una cláusula contractual no se ha negociado individualmente “if it has been supplied by one party and the other party has not been able to influence its content”, recogiendo así la misma definición que el art. 8.1 *FS rev.*, no así del art. 5(1) FS, que es idéntica a la del art. II.-1:110(1) DCFR, esto es, sin la nota de contractualidad, poniendo como ejemplo de la falta de negociación individual la prerredacción y recogiendo la advertencia de que una cláusula no negociada individualmente puede ser o no una condición general [en cambio, una condición general será siempre una cláusula no negociada individualmente: arts. II.-1:109 DCFR y 2(17) FS].

⁸¹ Momento que se refiere a la eventual discusión sobre la cuestión regida por la cláusula, no necesariamente a todo el proceso negociador (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:101”, 2007, p. 218, 2009, p. 301; DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, p. 162). Apunta GIMÉNEZ COSTA (“II.-1:110”, op. cit., p. 127) que el momento decisivo no es, por tanto, el de la incorporación de la cláusula sino el de su redacción, a los efectos de determinar si ha sido o no negociada, y, consecuentemente, de acuerdo con esta teoría, una cláusula redactada con antelación sería siempre una cláusula no negociada individualmente.

⁸² PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:101”, 2007, p. 217, 2009, p. 301; DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, p. 162.

⁸³ Lo relevante es la *posibilidad* o no de influir en su contenido, no que finalmente no se haya cambiado, con independencia de que será por lo general una indicación de la existencia de dicha posibilidad el que la cláusula haya cambiado sustancialmente (esto mismo, sobre la existencia de negociaciones reales y significativas, en DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, p. 162); indicación que no es certeza, ya que la modificación puede haberse hecho unilateralmente por quien la predispuso.

⁸⁴ Celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999, y cuyos resultados fueron publicados en el año 2000: vid. EUROPEAN COMMISSION, *The “Unfair Terms” Directive, five years on – Evaluation and future perspectives* (accessible en <http://ec.europa.eu>).

pareciendo aceptar esta última posición la dicción literal del pfo. 3º del art. 3.2 Dir. 93/13⁸⁵.

2.2.2. Precisiones conceptuales. *Onus probandi* de la negociación, en el sistema nacional y en el moderno Derecho contractual europeo

Cláusula no negociada individualmente es aquella predispuesta e impuesta (impuesta en tanto que predispuesta según arts. 3.2.I Dir. 93/13 y 6:101(2) ACQP), que si ha sido formulada por el predisponente para varias transacciones tendrá la consideración de condición general [arts. 2.1.19(2) PICC, 2:209(3) PECL, 6:101(3) ACQP, II.-1:109 DCFR, 2(17) FS, 2.*f septies*) CESLR, 1261.1.I PMCC y 1 LCGC]. Como en España no hay un concepto legal, la doctrina trata de acotarlo partiendo de la noción de condición general *ex art. 1 LCGC*, haciendo una delimitación negativa, esto es, sin el requisito de generalidad. No obstante, entendemos que, más que distinguir entre “condición general” y “cláusula no negociada individualmente”, sería más procedente hacerlo entre condiciones generales y cláusulas de adhesión particular, que es lo que hace la LCGC en su EM, refiriéndose a los *contratos de adhesión particulares*, aunque después no usa este término en su articulado, pues solo regula la contratación con condiciones generales. Y tampoco lo usa el TRLCU por la pretensión legislativa de que el enjuiciamiento de abusividad abarque todo tipo de cláusulas en contratos B2C sin distinción, tengan su origen en la adhesión a un articulado predispuesto generalizado o particular (así se deduce del art. 82.1 TRLCU).

Condiciones generales y cláusulas de adhesión particular son cláusulas no negociadas individualmente, en el sentido de predispuestas e impuestas. Lo que las diferencia, siguiendo la EM de la LCGC, es la preparación con vistas a su utilización única o generalizada por el predisponente: si lo han sido para ser usadas en una pluralidad de contratos serán condiciones generales y se someterán a la LCGC, no así de estar predispuestas para un único contrato, tratándose entonces de cláusulas de adhesión particular, y en ambos casos será de aplicación el TRLCU si el adherente es consumidor.

Predisposición e imposición no tienen por qué coincidir, si bien es cierto que la posibilidad de cláusulas predispuestas no impuestas es bastante remota⁸⁶. Se refieren a

⁸⁵ Ya que poner la carga de la prueba de la negociación en el profesional implica que esta prueba se permite: WILHELMSSON, op. cit., p. 96, quien no obstante advierte que este artículo debe interpretarse de forma restringida, de manera que una *standard term* no modificada nunca debería considerarse como negociada individualmente debido a la clara afirmación del pfo. 1º del art. 3.2 Dir. 93/13.

dos circunstancias que, de concurrir, lo harán pasando primero por una y después por la otra: la predisposición supone la preparación previa de la cláusula, esto es, antes de la celebración del contrato; la imposición significa, como ha dicho el Tribunal Supremo, la imposibilidad de influir en la supresión de la cláusula o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente en contratar con dicha cláusula o se debe renunciar a contratar⁸⁷, sin requerirse que el consumidor oponga resistencia ni que carezca de la opción de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula, y sin que excluya su carácter impuesto la mayor o menor formación del consumidor, pues ello no incide en la posibilidad de negociarla⁸⁸.

En el ámbito de protección específica del consumidor se presume la imposición si existe predisposición del clausulado⁸⁹ (el origen es el art. 3.2.I Dir. 93/13), presunción legal contenida en art. 82.2.II TRLCU en tanto que dispensa al consumidor de probar que la cláusula fue impuesta: la carga probatoria de su carácter negociado corresponde al profesional, regla heredada del art. 3.2.III Dir. 93/13, que fue introducida por primera vez en la Propuesta modificada de 1992⁹⁰. Téngase en cuenta que, aunque no existiese esta previsión legal, no cabría asignar al consumidor la demostración de un

⁸⁶ Las razones las apunta ALFARO, "Art. 1", en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 122-125.

⁸⁷ Noción de imposición recogida en la STS 9.5.2013 [aptdo. 165 a)], que, además, aclara que "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato", en el sentido de obligar a contratar: es el consumidor quien deberá decidir si contrata o no, pues una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre, y otra identificar tal consentimiento con la previa existencia de negociación individualizada del mismo (aptdo. 151).

⁸⁸ STS 29.4.2015, FJ 9º, ptos. 9 y 10. El TS desmontaba así la tesis mantenida por el banco recurrente, según la cual no podía considerarse impuesta la cláusula cuestionada ante la formación (funcionario de carrera) y experiencia financiera (al ser titular de otros productos bancarios) de su cliente: ib., ptos. 7 y 8. Y respecto a la conducta exigible al consumidor, ya advirtió en STS 9.5.2013 (aptdo. 149) la superación de la doctrina anterior a la transposición de la Dir. 93/13: "cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción (...) -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que "[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva". En definitiva, la norma vigente (...) no exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

⁸⁹ STS 9.5.2013, aptdo. 150: "Es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente".

⁹⁰ El art. 3 de la Propuesta modificada de 1992 se dedicaba a las cláusulas sin negociación separada (y el art. 4 al clausulado objeto o no de negociación individual), previendo en su aptdo. 2, pfo. 3º, "Any seller or supplier who claims that a term has been individually negotiated shall thereby wholly assume the burden of proof". Como vemos, tal redacción prescindía de la referencia a la cláusula *tipo* (standard term) que consta en el vigente art. 3.2.III Dir. 93/13.

hecho negativo (la ausencia de negociación), porque ello supondría una *probatio diabolica* que, como indica el Tribunal Supremo, reproduciendo doctrina constitucional (STC 20.11.2006), vulneraría el derecho a la tutela efectiva⁹¹.

Los ACQP y el DCFR, sin embargo, no limitan el reparto del *onus probandi* a las relaciones B2C. En los ACQP la carga probatoria de la negociación de una cláusula tipo corresponde siempre al predisponente, cualquiera que sea el adherente, ya que el art. 6:101(4) no hace distinción al respecto⁹². El DCFR contiene una regla general, aplicable a todo clausulado estándar con independencia de quienes sean las partes, según la cual compete al predisponente demostrar que la cláusula inicialmente propuesta como parte de condiciones generales fue objeto de negociaciones individuales desde entonces [art. II.-1:110(3)]⁹³; y una regla especial, aplicable solo a contratos B2C (con o sin condiciones generales), que determina que corresponde al empresario la carga de probar que la cláusula predispuesta por él ha sido negociada individualmente [art. II.-1:110(4)]⁹⁴. Por seguir al DCFR, tanto el FS como la CESL contienen sendas reglas: la general, en los arts. 5(3) FS y 7.3 CESL; la especial, en los arts. 5(4) FS y 7.4 CESL.

Además, el DCFR proporciona otras reglas relacionadas con la prueba: por un lado, evita cualquier controversia sobre la negociación basada en que una cláusula haya sido meramente elegida entre las que conformaban un listado aportado por una de las partes, pues en tal caso no se considerará negociada individualmente según el art. II.-1:110(2)⁹⁵, regla también presente en arts. 5(2) FS y 7.2 CESL; por otro lado,

⁹¹ STS 15.2.2012 (apdo. 35), citada por STS 9.5.2013 (apdo. 164), y esta a su vez por STS 29.4.2015 (FJ 7º, pto. 3).

⁹² “If it is disputed whether a term supplied as part of standard terms has been individually negotiated, that user bears the burden of proving that it has been individually negotiated” (en *Contract I* su tenor era: “The user bears the burden of proof for its claim that a standard term has been individually negotiated”). Además, como dijimos, el art. 6:101 es aplicable a todos los contratos: vid. *supra* n. 77.

⁹³ Establece que “If it is disputed whether a term supplied by one party as part of standard terms has since been individually negotiated, that party bears the burden of proving that it has been”. Como indican los Comentarios al art. II.-1:110, el pfo. 3º ha de leerse en el sentido antes dicho, de manera que si el predisponente no prueba las negociaciones individuales (que además han de ser reales y significativas, según vimos antes), se considerará que la cláusula es una condición general, esto es, una cláusula no negociada individualmente preformulada para varias transacciones con diferentes partes (DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, p. 163).

⁹⁴ Dispone que “In a contract between a business and a consumer, the business bears the burden of proving that a term supplied by the business has been individually negotiated”. Tanto este pfo. 4º como el 3º del art. II.-1:110 solo se refieren a la determinación de cuál de las partes tiene que presentar pruebas y soportar las consecuencias de la falta de certeza fáctica sobre las negociaciones individuales; el nivel de prueba debe determinarse de conformidad con la ley procesal aplicable (DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, p. 163). Lo dicho también es predicable respecto al art. 6:101(4) ACQP (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:101”, 2007, p. 218, 2009, p. 302).

⁹⁵ Establece que “If one party supplies a selection of terms to the other party, a term will not be regarded as individually negotiated merely because the other party chooses that term from that selection”. Dado que la libertad

previando la posibilidad de que una o más cláusulas hayan sido redactadas por tercero, se considera en el ámbito B2C que tales cláusulas han sido predisuestas por el empresario, a menos que las haya incorporado el consumidor [art. II.-1:110(5) DCFR, reproducido en arts. 5(5) FS y 7.5 CESL], regla también prevista en ACQP [art. 6:101(2), 2º inciso]⁹⁶. Por tanto, la autoría material de las cláusulas es irrelevante en orden a la prueba de su carácter negociado en el ámbito B2C: la discusión no va a versar sobre si las ha incorporado el empresario o un tercero, porque se las presume predisuestas por aquel, sino si lo ha hecho el consumidor, en cuyo caso el empresario deberá probar este extremo, y, de no lograrlo, también le competirá probar que dichas cláusulas se han negociado individualmente. Con esta última regla, tanto los ACQP como el DCFR vienen a plasmar expresamente lo que deviene obvio a partir del art. 3.2 Dir. 93/13, esto es, que resulta indiferente si la cláusula fue introducida por el propio empresario⁹⁷, ya que dicho precepto no lo exige; lo único que requiere, a efectos de considerarla como no negociada individualmente, es que su incorporación al contrato haya sido impuesta.

Dado que PICC, PECL y CEC no prevén una regulación específica de las cláusulas no negociadas individualmente, tampoco contemplan norma alguna sobre prueba del carácter negociado, ni siquiera cuando tratan las condiciones generales. Este no es el caso de PMCC, en la que *“la prueba de la existencia de una negociación individual corresponde al predisponente”*, según dispone su art. 1261.1 (pfo. 2º), que no está limitado a los contratos B2C, pero se refiere a la contratación en masa, de hecho en él se contiene la definición de condiciones generales (pfo. 1º).

Realmente las regulaciones que tratan la carga probatoria de la negociación individual se centran en las condiciones generales *cuando no se circunscriben al ámbito*

para influir en el contenido del contrato se limita a seleccionar una de las cláusulas proporcionadas por la otra parte, no se entiende que aquí haya una negociación real y significativa por el mero hecho de escoger una del “menú de cláusulas” (DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, pp. 162-163). Por tanto, quien ha proporcionado tal menú no podrá valerse del mismo como prueba de la negociación, con independencia de que pueda tratar de probarla si no se basa en la mera elección del listado predispuesto.

⁹⁶ De hecho, la formulación de la regla contenida en art. II.-1:110(5) DCFR sigue, con leve variación formal, la del art. 6:101(2).II ACQP: *In contracts between a business and a consumer, if terms have been drafted by a third person, the business is considered to be the user (ACQP)/ terms drafted by a third person are considered to have been supplied by the business (DCFR), unless the consumer introduced those terms to the contract.*

⁹⁷ PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:101”, 2007, p. 218, 2009, p. 302; DCFR, *Full Edition*, “II.-1:110”, pp. 162-163. En España, la indiferencia sobre la autoría del clausulado se proclama respecto a su consideración como condiciones generales, de hecho, toda cláusula predispuesta para una pluralidad de contratos y cuya incorporación haya sido impuesta será considerada condición general, con independencia no solo de su *autoría material*, sino también “de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias” (art. 1.1 LCGC).

B2C: los arts. 6:101(4) ACQP y II.-1:110(3) DCFR hablan de *standard terms* [como denominan ambos textos a las condiciones generales, *ex* arts. 6:101(3) ACQP y II.-1:109 DCFR], así como el art. 5(3) FS y, de *standard contract terms*, el art. 7(3) CESL [cláusulas estándar y cláusulas contractuales estándar son como denominan las condiciones generales, respectivamente, los arts. 2(17) FS y 2.f septies CESLR]. Sin embargo, en el ámbito B2C, el *onus probandi* de una eventual negociación se refiere a todas las cláusulas no negociadas individualmente, sean o no condiciones generales [arts. II.-1:110(4) DCFR, 5(4) FS y 7(4) CESL, no así ACQP y PMCC porque no prevén reglas específicas para B2C en materia probatoria], con una excepción: la propia Dir. 93/13, en su art. 3.2.III, pone en el profesional la carga de la prueba del carácter negociado de una *standard term*, lo que ha sido interpretado como una referencia propia a las condiciones generales⁹⁸. Como sabemos, la transposición de esta regla no se contiene en la LCGC, sino en el TRLCU, dentro del capítulo dedicado a las cláusulas abusivas, cuyo art. 82.2.II prescinde de la referencia a la “cláusula estándar” que hace el art. 3.2.III Dir. 93/13⁹⁹, seguramente con la pretensión de que la presunción de no negociación abarque todas las cláusulas no negociadas individualmente con consumidor.

Conviene tener presente que la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008, la cual pretendía refundir, en un instrumento de plena armonización, cuatro directivas, entre ellas la 93/13/CEE, no contemplaba norma equivalente a la prevista en el art. 3.2.III de esta última, a pesar de que el capítulo V de la Propuesta (“*Derechos del consumidor relativos a las cláusulas contractuales*”) centraba su ámbito de aplicación en las cláusulas no negociadas individualmente¹⁰⁰, de manera que el reparto de la carga probatoria se dejaría así a determinación de los Estados

⁹⁸ Así, WILHELMSSON, *op. cit.*, p. 96, para quien la regla se centra en las condiciones generales que hayan sido modificadas, de donde extrae que incluso en este caso el hecho de que una cláusula se haya modificado no implica automáticamente que haya sido negociada con el consumidor.

⁹⁹ Vid. *supra* n. 62.

¹⁰⁰ Concretamente, art. 30.1 de la Propuesta, que no usaba la locución “cláusula no negociada individualmente”, pero la idea era la misma: centrar el objeto de regulación en las cláusulas predisuestas por el profesional e impuestas al consumidor, privado de cualquier opción de influir sobre su contenido. Así, CARBALLO FIDALGO, M., “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, en *InDret*, 1/2010, p. 8; no obstante, MICKLITZ advertía que la redacción del art. 30 dejaba espacio para la interpretación, vid. MICKLITZ, H.-W., “The Proposal on Consumer Rights and the Opportunity for a Reform of European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts”, en *EUI - LWP*, 2010/12, agosto 2010 (accessible en <http://cadmus.eui.eu>), pp. 17 y 18. Sea como fuere, el texto de la propuesta fue modificado el 24.3.2011, introduciendo en el art. 30.1 dicha locución, a través de la enmienda n.º 169. La Propuesta modificada (T7-0116/2011) es accesible en www.europarl.europa.eu.

miembros¹⁰¹. Con todo, finalmente la Dir. 2011/83 no llevó a cabo la inicialmente prevista derogación de la Dir. 93/13, lo que supuso la supresión del capítulo V de la Propuesta junto con las listas negra y gris de cláusulas abusivas que se contemplaban en los Anexos II y III de aquella, limitándose la modificación –que no ya derogación– de la Dir. 93/13 a la adición de un art. 8 *bis* (art. 32 Dir. 2011/83). Por tanto, aunque la Propuesta “prometía” cambios en las materias reguladas por las Directivas 85/577/CEE, 97/7/CE, 99/44/CE y 93/13/CEE, respecto a esta última terminó dejando incólume su articulado –tan solo la adición mencionada– y, con ello, la regla sobre el *onus probandi* de la negociación de la cláusula, consecuencia de la exclusión de las negociadas de su ámbito de aplicación¹⁰².

La posibilidad de probar la negociación, como elemento excluyente del enjuiciamiento de abusividad (pues la Dir. 93/13 lo limita al clausulado no negociado y nuestro ordenamiento así lo sigue), ha generado, no obstante, cierta inseguridad jurídica, como demuestra el hecho de que haya tenido acogida en sede judicial la defensa empresarial consistente en puras alegaciones –sin real contrapartida probatoria de efectiva negociación–, como por ejemplo la referente a que la existencia de una pluralidad de ofertas contractuales (esto es, contratos con y sin la cláusula controvertida) y la teórica posibilidad de escoger entre ellas, equivale a negociación individual susceptible de eliminar la consideración de cláusula no negociada individualmente¹⁰³, de manera que, probando dicha existencia –aportando plurales ofertas de contrato, procedentes del mismo o distintos empresarios–, se colmaría la carga de probar la negociación individual. No ha sido hasta tiempos recientes cuando el Tribunal Supremo ha declarado la futilidad de esta concreta defensa como “prueba” de la negociación¹⁰⁴, y ha venido a asentar ultimamente una cierta presunción

¹⁰¹ CARBALLO, op. cit., p. 9.

¹⁰² Exclusión que, no obstante, podría obviarse por los Estados, en virtud de la “cláusula de mínimos” del art. 8 Dir. 93/13, que sigue intacto. De hecho, el añadido art. 8 *bis* impone un deber de información a la Comisión por parte de los Estados que, en virtud de dicha “cláusula de mínimos” hagan extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas negociadas individualmente. No solo esto, sino también la posible extensión nacional de la evaluación de abusividad a la adecuación del precio o de la remuneración, y cambios en las listas nacionales de cláusulas abusivas.

¹⁰³ Otro ejemplo sería la alegación de que el cumplimiento de la normativa administrativa de transparencia implica que la cláusula ha sido libremente negociada. Muestra del acogimiento de tales argumentos es la SAP Sevilla 7.10.2011 (FJ 5º), que falló en contra de la ilicitud de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios de determinadas entidades financieras, las cuales emplearon, entre otros, los referidos argumentos, que, sin embargo no tuvieron éxito en primera instancia, donde el JM nº 2 de Sevilla fue pionero en estimar la abusividad de dicha cláusula (St. 30.9.2010). La disparidad de criterios judiciales sobre esta defensa de los bancos fue proporcional a multitud de pronunciamientos dispares sobre la eventual abusividad de tal cláusula, como veremos más adelante.

¹⁰⁴ STS 9.5.2013, aptdo. 165, letras b), c) y d).

jurisprudencial de que, al menos en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet y primera venta de viviendas, son los citados *ad exemplum* por el TS), la contratación B2C se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas, *ergo* no negociadas individualmente, susceptibles por tanto de control de abusividad salvo que se pruebe, en contra de lo que notoriamente es habitual en dichos sectores, la existencia de negociación y las contrapartidas que el concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional¹⁰⁵.

En nuestro país no existe voluntad política para erradicar los problemas interpretativos a que aboca un sistema que hace distinción entre cláusulas negociadas y no negociadas como factor determinante del juicio de abusividad, por la vía de extender la evaluación de abusividad al clausulado negociado, y la prueba más evidente es que se dejó pasar la oportunidad brindada al transponer la Dir. 2011/83, incorporada al ordenamiento interno por Ley 3/2014, de 27 de marzo¹⁰⁶, cuyo art. 32 supone una plasmación expresa de dicha posibilidad, que si bien estaba latente en la “cláusula de mínimos” *ex* art. 8 Dir. 93/13, con el añadido art. 8 *bis* emerge como perfectamente factible. Frente al inmovilismo español, el ejemplo británico, como veremos a continuación.

2.2.3. ¿Un sistema de control extendido a las cláusulas negociadas? El ejemplo británico

Según vimos anteriormente, los antecedentes de la Dir. 93/13 no contemplaban la limitación del control de abusividad a las cláusulas no negociadas individualmente, restricción que fue incorporada al final, cambio de postura en que tuvo mucho peso la doctrina alemana y la presión de las asociaciones empresariales. Ahora bien, es conveniente recordar que, después de su promulgación, la Comisión Europea cuestionó la conveniencia de extender la protección del consumidor a las cláusulas negociadas: así, en la ya citada conferencia *The Directive on “Unfair Terms”, five years*

¹⁰⁵ STS 22.4.2015, FJ 3º, pto. 3, y STS 29.4.2015, FJ 7º, ptos. 4 y 5. En tales sectores, donde -ha dicho el TS- es notorio el uso de condiciones generales predeterminadas por el empresario e impuestas al consumidor, no bastaría para aceptar lo contrario con incluir en el contrato un epígrafe de “condiciones particulares” o menciones estereotipadas que afirmen su carácter negociado, ni con realizar en el pleito argumentaciones de orden conceptual, jurídico, sobre la negociación individual (*ib.* y sentencias ahí citadas).

¹⁰⁶ Por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE nº 76, de 28.3.2014), en adelante, Ley 3/2014; cuya función de transposición se advierte en Preámbulo, I, y DF 5ª (*ib.*, pp. 26967 y 26999, respectivamente).

*later - Evaluation and future perspectives*¹⁰⁷; en su Informe de 27.4.2000, sobre la aplicación de la Dir. 93/13¹⁰⁸ (en adelante, *Informe de 27.4.2000*); y en su “Libro Verde sobre revisión del acervo en materia de consumo”¹⁰⁹ (en adelante, *Libro Verde de 2007*).

En efecto, la Comisión puso de manifiesto que, en los Estados que no incorporaron la exclusión de las cláusulas negociadas de manera individual, no se plantearon problemas de orden práctico, advirtiendo que dicha exclusión nada aporta en términos de claridad y plantea en cambio dificultades de interpretación, no solo añade confusión al régimen, sino que propicia la inclusión por las empresas de cláusulas, igualmente impuestas, en las que el consumidor declara haber negociado y aceptado expresamente el contenido contractual. Recogiendo tales ideas, el EG creado posteriormente por la Comisión incluyó en su FS un control de abusividad para contratos B2C extendido a las cláusulas negociadas individualmente¹¹⁰.

No cabe duda de que un control extendido a las cláusulas negociadas supondría que los consumidores estarían más protegidos, y esto es, precisamente, lo que posibilitaría un cambio en ese sentido. En efecto, el carácter de mínimos de la Dir. 93/13 (art. 8) permite a los Estados adoptar –o mantener– disposiciones distintas si ello supone un mayor nivel de protección y resulta compatible con los fines comunitarios. Así, mientras que en España se acogió tal cual la limitación de la consideración de abusividad a las cláusulas sin negociación individual, en otros Estados miembros, como Francia (art. L. 132-1 C.consom.) o Bélgica (art. 31 LPCC), las cláusulas negociadas pueden ser abusivas. Contra dicha extensión se puede argumentar, si acaso, un correlativo menoscabo de la libertad contractual, pero esta última ya quedaría vaciada *ab initio* si el consumidor no lograra alcanzar las implicaciones de la negociación, con la sucesiva incertidumbre sobre cuándo una cláusula ha sido objeto de negociación individual, de lo cual se puede aprovechar la parte fuerte de la relación contractual, tanto en el momento de la celebración como en sede judicial.

¹⁰⁷ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *The “Unfair Terms” Directive, five years on – Evaluation and future perspectives*, 2000, pp. 94-100.

¹⁰⁸ *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, COM (2000) 248 final [accesible en <http://eur-lex.europa.eu>], vid. III.1 a) en pp. 14 y 15.

¹⁰⁹ COM (2006) 744 final, en DO C 61, de 15.3.2007, pp. 1-23. Vid. Anexo I, pto. 4.4.1, pp. 11 y 12.

¹¹⁰ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *A European contract law for consumers and businesses*, 2011, p. 8, cuestión 2, y Anexo IV, p. 49, Art. 81. En el FS rev. desapareció la posibilidad de considerar abusivas las cláusulas negociadas individualmente en contratos B2C, quizás fruto de las opiniones contrarias a la extensión inicialmente prevista (las contribuciones a la consulta son accesibles en <http://ec.europa.eu>); vid. EUROPEAN COMMISSION, *European Contract Law, Work in Progress*, 2011, p. 41, Art. 84.1.

Razones como estas llevaron a que en el Reino Unido se fueran dando pasos hacia un control de las cláusulas negociadas –proceso que ha culminado con la *Consumer Rights Act 2015*¹¹¹, en adelante, CRA–, más allá del que ya era posible bajo la *Unfair Contract Terms Act 1977*¹¹² (en adelante, UCTA). Una reproducción exacta del art. 3.1 de la Dir. 93/13 se encontraba en la Reg. 5(1) de la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (en adelante, UTCCR) 1999¹¹³, que reemplazó la UTCCR 1994¹¹⁴, norma de transposición de dicha Directiva, antes de la cual se desconocía en el ordenamiento británico un control basado en la “buena fe”, estando hasta entonces controladas las cláusulas contractuales mediante el test previsto en la UCTA (S. 11), que ya supuso en 1977 un importante cambio en el Derecho contractual, en tanto que intervencionismo legislativo sobre la libertad contractual, aunque circunscrito a las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad¹¹⁵. La UTCCR no derogó la UCTA, dando ello lugar a la coexistencia de dos sistemas sobre *unfair terms* en Reino Unido: el de UTCCR, siguiendo las directrices de la Directiva (solo cláusulas no negociadas individualmente en contratos B2C, test de equidad –*fairness*– y lista gris), y el de UCTA, aplicable a contratos B2C, B2B y C2C, con independencia de que la cláusula fuera o no negociada (lo importante es que fuera limitativa o eximente de responsabilidad), sujetándola a un test de razonabilidad –*reasonableness*– con unas guías de aplicación.

Estas y otras divergencias entre UCTA y UTCCR fueron puestas de manifiesto por THE LAW COMMISSION y THE SCOTTISH LAW COMMISSION (en adelante, LC/SCL) en su informe *Unfair Terms in Contracts*, de 24.2.2005¹¹⁶, donde recomendaron la adopción de un régimen armonizado que reemplazara los contemplados en UCTA y UTCCR, conteniéndose al efecto en dicho informe un proyecto de ley sobre cláusulas contractuales abusivas (DRAFT *Unfair Contract Terms Bill*, en adelante UCTB)¹¹⁷, previendo un control de cualquier cláusula en contratos B2C, fuera o no negociada individualmente¹¹⁸, con la excepción de las relativas a elementos esenciales (*core terms*),

¹¹¹ 2015 c. 15.

¹¹² 1977 c. 50.

¹¹³ SI 1999/2083.

¹¹⁴ SI 1994/3159.

¹¹⁵ MICKLITZ, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU – Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge, 2005, p. 297.

¹¹⁶ LAW COM n° 292, SCOT LAW COM n° 199, Cm 6464, SE/2005/13, 24.2.2005 (accessible en <http://lawcommission.justice.gov.uk>); vid. aptdos. 2.6 y 2.7 en pp. 9 y 10.

¹¹⁷ Vid. LC/SCL, *Unfair Terms in Contracts*, 2005, Appendix A, pp. 135-209.

¹¹⁸ Las razones de esta extensión son explicadas por LC/SCL en su informe de 2005: vid. aptdos. 3.50-3.55 en pp. 30 y 31.

que no serían revisables siempre que fueran transparentes y coincidieran sustancialmente con las expectativas razonables del consumidor al respecto¹¹⁹.

Tal extensión se reflejó en la S. 4 UCTB, estableciendo que *“If a term of a consumer contract is detrimental to the consumer, the business cannot rely on the term unless the term is fair and reasonable”* [S. 4(1)]. El control propuesto se separaba del previsto en la Reg. 5(1) UTCCR (y, por tanto, del art. 3.1 Dir. 93/13), no solo por permitir la impugnación de cualquier cláusula perjudicial para el consumidor, abstracción hecha de la negociación, sino además por la exigencia de que el clausulado fuera “justo y razonable”, si bien en las *Explanatory Notes* de UCTB se advertía que la única diferencia de fondo era la extensión a las cláusulas negociadas: resultaba preferible la fórmula *fair and reasonable* en lugar de frases complejas traídas del art. 3.1 Dir. 93/13 (esto es, *“contrary to the requirements of good faith, [the term] causes a significant imbalance in the rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer”*), siendo su significado, al parecer de LC/SCL, el mismo¹²⁰. Se prescindía así de la referencia explícita a la “buena fe”, sobre la base de que ello era posible –pues con el método empleado se alcanzaba en última instancia el resultado buscado por la Directiva– y deseable en un ordenamiento donde no era familiar ese concepto en esta área del Derecho¹²¹, que podía por tanto resultar confuso e inducir a error.

Sea como fuere, esos dos rasgos –no dependencia de negociación y requisito de razonabilidad– fueron tomados de la S. 3 UCTA, aplicable a las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad, tanto negociadas como no, en contratos B2C, de manera que la S. 4 UCTB mantendría así los niveles existentes de protección de los consumidores, evitando al mismo tiempo la complejidad de tener distintos conjuntos de normas –las relativas a cláusulas eximentes o limitativas y las referidas a otras cláusulas–, según constaba en las *Explanatory Notes*¹²². Y al igual que en la UCTA, para determinar si una cláusula era justa y razonable se tendrían en cuenta las circunstancias en el momento de la celebración [S. 11(1) UCTA y S. 14(1)(b) UCTB]¹²³,

¹¹⁹ Vid. S. 4(2) y (3) UCTB. Sobre esta cuestión volveremos después en detalle (vid. *infra* epígrafe 2.4.2.B).

¹²⁰ Vid. LC/SCL, op. cit., 2005, p. 145, notas 8 y 9. Además, señala la nota 10 (ib.) que la expresión *“the business cannot rely on the term”* se utiliza para dejar claro que los consumidores, si es de su interés hacerlo, pueden basarse en la cláusula que podría ser vista como injustamente perjudicial para ellos, consiguiéndose así el mismo efecto previsto en Reg. 8(1) UTCCR, que establecía que *“an unfair term...shall not be binding on the consumer”*, esto es, la no vinculación de la cláusula abusiva ex art. 6.1 Dir. 93/13.

¹²¹ LC/SCL, op. cit., 2005, p. 39, aptdo. 3.86.

¹²² Vid. LC/SCL, op. cit., 2005, p. 145, nota 8.

¹²³ La diferencia, respecto a dichas circunstancias, entre el “reasonableness test” de S. 11 UCTA y el “fair and reasonable test” de S. 14 UCTB es que en el primero se tienen en cuenta las circunstancias que fueron conocidas o contempladas por las partes, o que debieron razonablemente serlo, al celebrarse el contrato.

esto es, lo que en UCTB se entendía por “equidad procesal”, diferente de la “equidad sustantiva” que también debía considerarse en el *fair and reasonable test* de UCTB¹²⁴; mas lo especialmente novedoso era la introducción de la transparencia como elemento a tener en cuenta en dicho test [S. 14(1)(a) UCTB], pues el hecho de que una cláusula no fuera transparente podía ser el principal, o *único*, motivo de no superar dicho test¹²⁵. Tal es, por tanto, la importancia atribuida a la transparencia, que el UCTB dedicaba una disposición a explicar el significado de “transparente”, que iba más allá de la exigencia de plasmación clara y comprensible *ex Reg. 7(1) UTCCR* y art. 5 Dir. 93/13; de hecho, hasta cuatro requisitos debía cumplir una cláusula para ser considerada transparente, según S. 14(3) UCTB¹²⁶.

Así las cosas, el Gobierno de Reino Unido aceptó en principio las recomendaciones del informe de LC/SCL, a reserva de un ulterior examen sobre su impacto potencial. Posteriormente, el Gobierno decidió esperar al resultado de las negociaciones sobre la Directiva de derechos del consumidor, que vio la luz en octubre de 2011, y un mes antes ya se había anunciado por el Ministerio de consumo la intención de acometer una nueva ley británica en la materia que aclarara los sistemas normativos existentes y a su vez reforzara la protección de los consumidores¹²⁷. Dado que al final la Dir. 2011/83 dejó fuera de su ámbito la parte relativa a las cláusulas abusivas inicialmente prevista, en mayo de 2012 el *Department for Business, Innovation and Skills* (en adelante, BIS), pidió a LC/SCL que actualizaran y revisaran su informe de 2005, de cara a un régimen unificado sobre cláusulas abusivas en contratos B2C, centrándose en dos áreas, los *exempt terms*¹²⁸ y la lista gris, esta última ya contemplada en UCTB (*Schedule 2, Part 2*) que tomó la establecida en el Anexo de la Dir. 93/13,

¹²⁴ En efecto, el test para determinar si una cláusula es justa y razonable requiere atender a “*the substance and effect of the term, and all the circumstances existing at the time it was agreed*” [S. 14(1)(b) UCTB], donde *the substance and effect of the term* supone la equidad sustantiva, y *the circumstances existing at that time* comprende la equidad procesal; y para decidir sobre ambas al respecto deben considerarse los factores establecidos de forma no exhaustiva en S. 14(4) UCTB, que vendría a sustituir las guías de aplicación de *Schedule 2 UCTA* (LC/SCL, op. cit., 2005, p. 159, nota 42, y p. 161, nota 43).

¹²⁵ LC/SCL, op. cit., 2005, p. 42, aptdo. 3.102, y p. 159, nota 41.

¹²⁶ Transparente significa (a) expresada en un lenguaje razonablemente sencillo, (b) legible, (c) presentada con claridad, y (d) disponible para cualquier persona que pueda verse afectada por la cláusula en cuestión. Este último requisito [S. 14(3)(d) UCTB] se refiere a los casos en que la cláusula se fija, por la parte que pretende servirse de ella, en un documento que no está físicamente a disposición de la otra parte en el momento de contratar (LC/SCL, op. cit., 2005, p. 159, nota 41).

¹²⁷ Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *New bill will strengthen consumer rights*, Press Releases, 19.9.2011, accessible en <http://news.bis.gov.uk>.

¹²⁸ Como se conoce en Reino Unido a los términos que no están sujetos al test de equidad, excepción contenida en Reg. 6(2) UTCCR, que reproduce lo dispuesto en art. 4.2 Dir. 93/13, esto es, las cláusulas relativas a los elementos esenciales.

aunque reformulándola mediante el uso de conceptos y lenguaje más accesibles para los británicos¹²⁹.

En julio de 2012, LC/SLC publicaron un documento de discusión sobre las propuestas revisadas¹³⁰, con un período de consulta pública que finalizó en octubre del mismo año. Es importante resaltar que entre las cuestiones planteadas estaba la de si la nueva legislación debería cubrir las cláusulas de contratos B2C con independencia de que fueran o no negociadas individualmente¹³¹, mostrándose partidaria de esta opción la *Office of Fair Trading*¹³² (en adelante, OFT), que incluso fue más allá proponiendo la directa eliminación de la excepción relativa a los elementos esenciales¹³³. Terminada la consulta, LC/SLC analizaron las contribuciones a la misma y en marzo de 2013 hicieron recomendaciones al BIS sobre las cláusulas en contratos B2C¹³⁴, siendo interesante su cambio de postura sobre el test al que aquellas debían someterse, que volvería a ser el de equidad *ex art. 3.1 Dir. 93/13* pero, eso sí, aplicable también a las cláusulas negociadas¹³⁵.

Teniendo en cuenta dichas recomendaciones, así como el resultado de las consultas públicas realizadas por BIS en 2012 en orden a reformar el Derecho de consumo británico¹³⁶, el Gobierno impulsó un programa de reformas, incluyendo un

¹²⁹ La preocupación de LC/SLC por evitar confusiones llevó incluso a que se proporcionara en las *Explanatory Notes* de UCTB ejemplos de cláusulas que entrarían dentro de los tipos de la lista, a fin de lograr un mejor entendimiento que el que se tenía hasta entonces con la lista gris de UTCCR (*Schedule 2*), reproducción exacta de la establecida en la *Dir. 93/13*.

¹³⁰ Vid. THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, 25.7.2012 (accessible en <http://lawcommission.justice.gov.uk>).

¹³¹ LC/SLC, *ib.*, p. 114, aptdo. 9.36.

¹³² Por las razones apuntadas en *Unfair terms in consumer contracts: a new approach? OFT response to the Law Commission Issues Paper*, OFT 1465, noviembre 2012 (www.oft.gov.uk), vid. pp. 48 y 49, aptdos. 3.24-3.27.

¹³³ Vid. *Office of Fair Trading*, *op. ult. cit.*, p. 13, aptdo. 2.8.

¹³⁴ Vid. THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, 19.3.2013 (<http://lawcommission.justice.gov.uk>).

¹³⁵ Con lo cual el *fairness test* de UTCCR [Reg. 5(1) y 6(1) UTCCR, arts. 3.1 y 4.1 *Dir. 93/13*] no cambiaría en la nueva legislación, aunque esta debería seguir a la UCTA en lo referente al control de las cláusulas negociadas, con la excepción de los *core terms*: vid. LC/SLC, *op. cit.*, 2013, Summary (S.32 y S.40), también pp. 81 y 82 (aptos. 6.42-6.46) y pp. 93-95 (aptos. 7.52-7.66).

¹³⁶ Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Enhancing consumer confidence through effective enforcement: consultation on consolidating and modernising consumer law enforcement powers*, 28.3.2012, *Enhancing consumer confidence by clarifying consumer law: consultation on the supply of goods, services and the digital content*, 13.7.2012, *Civil enforcement remedies: consultation on extending the range of remedies available to public enforcers of consumer law*, 5.11.2012 (accesibles en www.gov.uk/government/consultations). Un resumen de las respuestas a dichas consultas, incluyendo la del propio Gobierno a las recomendaciones hechas por LC/SLC en su *Advice to BIS* (*op. cit.*, 2013), puede verse en DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Consumer Rights Bill: Table of responses to consultations*, BIS/13/911, junio 2013 (accessible en www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill).

proyecto de ley sobre derechos del consumidor (*Draft Consumer Rights Bill*)¹³⁷, cuya tramitación parlamentaria alumbraría la CRA, que obtuvo refrendo real el 26.3.2015 y entró en vigor el 1.10.2015.

La *Consumer Rights Act 2015* dedica su *Part 2* (S. 61-76) y *Schedules 2-4* a las cláusulas abusivas, que viene a consolidar la legislación sobre *unfair terms* en contratos con consumidores ("*consumer contract*" es la denominación que recibe el celebrado entre comerciante y consumidor: S. 61(1) y (3) CRA), reemplazando a las disposiciones que se superponían en la materia –revoca la UTCCR y modifica la UCTA de modo que no cubra los contratos B2C–, al tiempo que aclara, por un lado, el papel de la lista gris (S. 63 CRA), extendiéndola (*Schedule 2, Part 1*), y por otro, las circunstancias en que los *core terms* quedan exentos de control, precisando que para evitar su evaluación deben ser transparentes y destacados¹³⁸. El control de abusividad responde a un test de equidad (*assessment of fairness*) como el establecido en la Dir. 93/13 salvo por el hecho de no condicionarlo a la falta de negociación individual¹³⁹. En efecto, según S. 62(4) CRA una cláusula *en contrato B2C* [S. 61(1) CRA] es abusiva si "*contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer*", luego los parámetros de control son los mismos que los previstos en la Directiva (y otro tanto cabe decir respecto a los factores *ex* S. 62(5) CRA, cfr. art. 4.1 Dir. 93/13), pero, a diferencia del art. 3.1 de la misma, omite la referencia a que la cláusula no se haya negociado individualmente para poder evaluar su equidad, lo que supone extender el control de abusividad a todas las presentes en contratos celebrados con consumidores¹⁴⁰, sin perjuicio de la excepción relativa al clausulado nuclear (en art. 64 CRA), conocida como "*core terms exemption*", y de la que trataremos después en epígrafe 2.4.2.B.

¹³⁷ Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Draft Consumer Rights Bill*, BIS/13/925, Cm 8657, 12.6.2013 (accessible en www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill).

¹³⁸ La CRA sigue básicamente las recomendaciones hechas por LC/SLC en su *Advice to BIS* (op cit., 2013, *Recommendations* 1-9, pp. 15, 26, 28, 33, 35, 41, 45 y 48). Para sus implicaciones vid. *infra* epígrafe 2.4.2.B.

¹³⁹ LC/SLC recomendaron en su *Advice to BIS* (op cit., 2013, p. 95, *Recommendation* 28) que cualquier cláusula, con la salvedad de los "*exempt terms*", debería someterse a test de equidad, *fuera o no negociada individualmente*, con lo que el Gobierno estuvo de acuerdo (vid. respuesta a *Recommendation* 28 en BIS, 2013, *Consumer Rights Bill: Table of responses to consultations*, p. 64).

¹⁴⁰ Como señala CONWAY, L., "*Consumer Rights Act 2015*", en CBP, nº SN6588, 1.10.2015, p. 18, bajo el sistema de la CRA una cláusula puede considerarse abusiva aun si ha sido negociada individualmente con el consumidor, de modo que va más allá tanto de la legislación anterior como de la comunitaria; no obstante, pone de relieve que para algunos comentaristas es poco probable que ello tenga un impacto importante, por entender que son escasos los contratos de consumo que se negocian de forma individual.

Como pone de relieve el caso británico, es viable un control de abusividad que prescinda del requisito de la falta de negociación singular, pues en ello no radica *per se* el carácter abusivo: se trata tan solo de un requisito finalmente adoptado en la regulación comunitaria y que cabe desechar a nivel nacional si hay voluntad política legislativa. No es el único, pues, además, la cláusula ha de estar presente en un contrato celebrado entre profesional y consumidor¹⁴¹, a diferencia de la regulación del clausulado abusivo en PECL, ACQP, DCFR, FS y CESL, no restringida a las relaciones B2C, como sí hacen la Dir. 93/13 y nuestro ordenamiento¹⁴², que contrasta con otros como el alemán (§§ 305-310 BGB) o el holandés (arts. 6:231-6:247 BW), donde cabe un control de abusividad en todos los contratos con condiciones generales¹⁴³. Y a todo ello hay que añadir los elementos y criterios generales para apreciar que una cláusula no negociada individualmente en contrato B2C (también B2B en todos los textos europeos de Derecho contractual citados, e incluso C2C en PECL, ACQP y DCFR) es abusiva. Lo veremos a continuación.

2.3. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL CARÁCTER ABUSIVO Y FACTORES DETERMINANTES PARA SU APRECIACIÓN

No toda cláusula no negociada individualmente por el consumidor es abusiva; para que pueda considerarse como tal ha de cumplir los requisitos antedichos (falta de negociación individual y ámbito B2C), pero, una vez cumplidos, habrá de evaluarse si la cláusula reúne los elementos que configuran tal carácter, ya que, como tiene dicho el Tribunal Supremo, la imposición de cláusulas o condiciones generales por el

¹⁴¹ El Tribunal de Justicia ha señalado efectivamente que los requisitos para que una cláusula pueda ser calificada como abusiva a la luz de la Dir. 93/13 son dos: estar incluida en un contrato B2C y no haber sido objeto de negociación individual en el sentido de dicha disposición (STJ 27.6.2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98 –en adelante, *St. Océano Grupo Editorial*–, aptdo. 21). Y es que, “según resulta del art. 3.1 de la Directiva, únicamente entran en su ámbito de aplicación las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que no se hayan negociado individualmente”, como recuerdan la STJ 16.1.2014, *Constructora Principado*, C-226/12 (en adelante, *St. Constructora Principado*), aptdo. 18, y el ATJ 3.4.2014, *Sebestyén*, C-342/13 (en adelante, *Auto Sebestyén*), aptdo. 23.

¹⁴² Como indica la EM de la LCGC, el hecho de que la noción de cláusula abusiva tenga su ámbito propio en la relación con consumidores no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, “si bien tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual”. Al tener el TRLCU –donde se asienta el sistema español de cláusulas abusivas– su ámbito de aplicación en B2C (art. 2) tampoco podría estimarse abusiva, a los fines de la norma específica, una cláusula en contrato entre particulares (C2C), de manera que las consecuencias inicuas que pueda tener la cláusula deberían corregirse aplicando el Código Civil.

¹⁴³ Vid. EBERS, op. cit., 2012, p. 33, y específicamente para el caso holandés HIJMA, J., “Art. 4:110”, en BUSCH, D./HONDIUS, E./VAN KOOTEN, H.J./SCHELHAAS, H.N./SCHRAMA, W.M. (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, La Haya, 2002, p. 216.

empresario a los consumidores no comporta su ilicitud, se trata de un mecanismo de contratar ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados, un fenómeno que comporta un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico¹⁴⁴. Ahora bien, para que tales condiciones sean válidas han de satisfacer unos *requisitos de contenido* (además de los requisitos de incorporación, que llevan al control de inclusión, interpretación y transparencia sustancial, en conexión con la apreciación de abusividad vía “control de transparencia”), cuales son la *buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*, según prevé el art. 80.1.c) TRLCU para las cláusulas no negociadas individualmente, y que después desarrolla en su versión negativa, esto es, como *elementos configuradores del carácter abusivo*, el art. 82.1 TRLCU al conceptualizar las cláusulas abusivas.

Dicho de otro modo, la cláusula predispuesta e impuesta al consumidor en que concurren esos elementos (desequilibrio importante en contra de la buena fe, *ex* art. 82.1), es decir, que no cumpla los requisitos de contenido, podría ser abusiva, pues para comprobar la efectiva existencia de dichos elementos configuradores, se han de tener en cuenta una serie de concretos *factores valorativos*, que, recogidos en el art. 82.3 TRLCU (naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, circunstancias concurrentes en su celebración y resto del contrato), serán determinantes para la apreciación del carácter abusivo, restringida a contratos B2C en España, donde se rechaza la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional (abusivo es el desequilibrio que perjudique al consumidor, no al empresario, como recuerda la STS 9.5.2013, aptdo. 232.c). Ello es consecuencia de que nuestro ordenamiento no se desmarca de la línea trazada por la Dir. 93/13, que sigue fielmente (a los efectos que ahora comentamos, cfr. los aptdos. 1 y 3 del art. 82 TRLCU con los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva), a diferencia del moderno Derecho contractual europeo. En los epígrafes que siguen veremos, en primer lugar, esas divergencias, y después la interpretación que de los señalados elementos configuradores y factores valorativos han hecho tanto el Tribunal de Justicia como nuestro Tribunal Supremo.

¹⁴⁴ STS 9.5.2013, aptdo. 166; STS 18.6.2012, FJ 2º, 3 c).

2.2.1. Parámetros y factores de control en Derecho comunitario y nacional, así como en los instrumentos modernizadores

Los referidos elementos configuradores del carácter abusivo son, por un lado, un *desequilibrio importante*¹⁴⁵ entre los derechos y deberes contractuales en detrimento del consumidor y, por otro, que dicha alteración se produzca *pese a las exigencias de la buena fe*. Así se establece en el art. 3.1 Dir. 93/13 (y art. 82.1 TRLCU, que lo reproduce casi literalmente), precepto que, como ha dicho el TJ, delimita solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente¹⁴⁶, precisándose por tanto efectuar una calificación de la concreta cláusula en función de las circunstancias propias del caso en cuanto a su eventual carácter abusivo¹⁴⁷, apreciación que ha de hacerse, según el art. 4.1 Dir. 93/13 (y art. 82.3 TRLCU), teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Estos son los concretos factores a tener presentes para la valoración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente en contrato B2C.

Al igual que la Dir. 93/13, los PECL y ACQP restringen la noción de cláusula abusiva a las no negociadas individualmente, pero no solo en contratos B2C (art. 4:110 y art. 6:301, respectivamente), extensión de la consideración de abusividad compartida por el DCFR, que dedica tres preceptos al significado de cláusula abusiva: uno para contratos B2C (art. II.-9:403), otro para contratos C2C (art. II.-9:404¹⁴⁸) y otro para contratos B2B (art. II.-9:405), y tratándose del primero de ellos –B2C– deja en manos de una decisión política el mantenimiento o no de la restricción a las cláusulas no

¹⁴⁵ En la versión española oficial de la Dir. 93/13, el “*significant imbalance*” del art. 3.1 original se ha traducido como *desequilibrio “importante”*, y así pasó al art. 82.1 TRLCU. Sin embargo, en la PMCC su art. 1262.1 habla de *desequilibrio “significativo”*, mas como advierte ALBIEZ DOHRMANN (“La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea”, en ALBIEZ DOHRMANN, K.J. [dir.], op. cit., p. 224), al comparar este precepto y aquel del TRLCU, no hay diferencias entre que el *desequilibrio* sea importante o que sea significativo

¹⁴⁶ SSTJ 7.5.2002, *Comisión/Suecia*, C-478/99 (en adelante, *St. Comisión/Suecia*), aptdo. 17; 1.4.2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02 (en adelante, *St. Freiburger Kommunalbauten*), aptdo. 19; 4.6.2009, *Pannon GSM*, C-243/08 (en adelante, *St. Pannon GSM*), aptdo. 37; *St. Aziz*, aptdo. 67; *Auto Sebestyén*, aptdo. 26.

¹⁴⁷ SSTJ 9.11.2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08 (en adelante, *St. VB Pénzügyi Lízing*), aptdo. 44; 26.4.2012, *Invitel*, C-472/10 (en adelante, *St. Invitel*), aptdo. 22.

¹⁴⁸ El ámbito de aplicación personal de este precepto se define de forma negativa por la expresión “*parties neither of whom is a business*” (esto es, que ninguna de las partes sea empresario), por tanto es aplicable a los contratos, por ejemplo, entre dos consumidores o entre dos organizaciones sin ánimo de lucro que no hayan sido calificadas como empresas ni como consumidores (DCFR, *Full Edition*, “II.-9:404”, p. 640).

negociadas individualmente¹⁴⁹. Por su parte, la PMCC sitúa sin ambages tal restricción en el art. 1262.1, que no se refiere a los contratos B2C, de hecho para estos remite a la legislación especial¹⁵⁰ (art. 1262.5). Una remisión, en este caso a las reglas comunitarias aunque de forma poco clarificadora –“sin perjuicio de”–, hace el CEC en su art. 30.5 para establecer un escueto control de las cláusulas abusivas, limitado a las no negociadas en contrato B2C¹⁵¹. En cuanto a los textos basados en el DCFR, esto es, FS y CESL, difieren de aquel, por un lado, en que no prevén un régimen de cláusulas abusivas para contratos C2C, sí para B2C y B2B¹⁵², por otro, en que contemplan un control extendido al clausulado negociado en contrato B2C¹⁵³.

Para los PECL los elementos configuradores de la abusividad del clausulado en todos los contratos¹⁵⁴ son la irrogación de un *desequilibrio notable* entre los derechos y

¹⁴⁹ Vid. DCFR, *Outline Edition*, “Intr. 79”, p. 46; DCFR, *Full Edition*, “II.-9:403”, p. 634, donde se advierte que la mayoría de los miembros del *Acquis Group* eran partidarios de extender el juicio de abusividad a las cláusulas negociadas individualmente.

¹⁵⁰ Propuesta que, de fructificar, cambiaría el panorama impuesto por nuestra normativa específica, la cual, por seguir fielmente la Dir. 93/13, no posibilita la consideración de abusividad fuera del ámbito B2C. Al remitir la PMCC a la legislación especial, el control para contratos B2C se seguiría rigiendo por los arts. 82-89 TRLCU, mientras que para el resto de contratos habría que estar a la PMCC, que vendría así a extender el control de contenido a todas las cláusulas no negociadas individualmente sin distinciones subjetivas, rescatando así la idea de un control generalizado que se barajó en los Anteproyectos de LCGC, y que sin embargo se excluyó en el Proyecto de 1997 con el argumento, recogido en su Memoria, de que “un control generalizado hoy en día podría introducir un factor de rigidez no aconsejable desde una perspectiva de rigidez empresarial”; argumento del que da cuenta ALBIEZ DOHRMANN (op. ult. cit., p. 223), calificándolo de poco sólido.

¹⁵¹ Como indica CÁMARA LAPUENTE, S. (*El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, 2006, pp. 51 y 52), el CEC recibe la Dir. 93/13 por una parte, mediante un control normativo, solo en relación con contratos B2C y respecto a los derechos obligacionales (art. 30.5) y, por otra, mediante un control económico general, relativo a los desequilibrios de las prestaciones mediante la rescisión por lesión (arts. 30.3 y 156).

¹⁵² Las Secciones 2 y 3 del Capítulo 8, tanto de FS como de CESL, regulan las cláusulas abusivas en B2C y B2B respectivamente, si bien mientras que el FS usa el término *business*, la CESL emplea el término *trader* (sigue así al FS *rev.*), lo cual no tiene trascendencia práctica si se parte de una definición común: el art. 2 e) CESLR [art. 5(6) FS *rev.*] contenía una definición de *trader* exactamente igual que la recogida en el art. 2(1) FS para definir al *business*. Ambas previsiones no coincidían, sin embargo, con la formulación del art. I.-1:105(2) DCFR, que contiene una definición más extensa del *business*, pero la RPE 2014 modificó (enmienda 31) la letra e) del art. 2 CESLR para introducir el matiz, recogido en dicho precepto del DCFR, respecto a la persona jurídica: “any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned” (cursiva sobre cambio).

¹⁵³ Art. 81 FS, extensión que desapareció en art. 84 FS *rev.* (vid. *supra* n. 110), donde la falta de negociación individual emergió como requisito para la consideración de abusividad en B2C, posición esta última que fue la adoptada originalmente en la CESL hasta que la RPE 2014 eliminó (enmienda 155) de su art. 83.1 dicho requisito, el cual se mantiene en art. 86.1 CESL para contratos B2B, a semejanza del art. 85(1)(a) FS.

¹⁵⁴ El art. 4:110 PECL amplía el ámbito de aplicación de la cláusula general de la Dir. 93/13 (art. 3) a los contratos entre particulares y respecto de los contratos mercantiles; la inexistencia en los PECL de una lista de cláusulas abusivas se justifica por entender que sería prácticamente imposible elaborarla, precisamente

deberes contractuales en perjuicio de una parte¹⁵⁵ (no necesariamente consumidor) y en *contra de los principios de la buena fe*¹⁵⁶ [art. 4:110(1)]. Como se ve, salvo por la referencia al consumidor que hace el art. 3.1 Dir. 93/13, los PECL emplean los mismos parámetros de control que dicha directiva, lo cual también es predicable de la PMCC (art. 1262.1) y de los ACQP para todos los contratos según la regla del art. 6:301(1), si bien con una restricción de esta para los contratos B2B en art. 6:301(2) ACQP, que solo exige una *desviación manifiesta de las buenas prácticas comerciales*¹⁵⁷. Por su parte, el art. 30.5 CEC prescinde del parámetro de buena fe para identificar la abusividad del clausulado en contratos B2C, exigiendo únicamente la irrogación de un desequilibrio contractual significativo¹⁵⁸, al igual que ocurre en los ordenamientos belga (art. 31 LPCC) y francés (art. L. 132-1, pfo. 1, C.consom.). Prescinde incluso de ambos parámetros de control -buena fe y equilibrio contractual- el BW holandés en su art. 6:233, que permite anular una estipulación de las condiciones generales (en todo tipo

por tener en cuenta los contratos entre profesionales y la diversidad de contratos mercantiles (*Principios, Partes I y II*, “Art. 4:110 – Comentario”, p. 384).

¹⁵⁵ En el Comentario al art. 4:110 se puntualiza que el desequilibrio puede tener naturaleza económica o legal: el primer caso supone que las consecuencias económicas sean notoriamente abusivas para la otra parte, en el segundo cabrá considerar que una cláusula no es equitativa si otorga derechos a una parte y no a la otra (*Principios, Partes I y II*, “Art. 4:110 – Comentario”, p. 388). Con independencia de que en la edición española el desequilibrio sea “notable”, el art. 4:110 original emplea, para calificar dicho desequilibrio, el mismo término que el art. 3.1 Dir. 93/13, pues en ambos reza como “*significant imbalance*” (vid. versión original en LANDO/BEALE, op. cit., p. 266).

¹⁵⁶ En la versión original el parámetro es “*good faith and fair dealing*”, expresión que en la edición española consta como “buena fe” en art. 4:110(1), pero también en el aptdo. (1) del art. 1:201, precepto cuyo rótulo es precisamente “*good faith and fair dealing*”, traducido como “buena fe contractual” (cfr. versiones española y original de ambos preceptos en BARRES/EMBID/MARTÍNEZ, op. cit., 2003, pp. 147 y 383; LANDO/BEALE, op. cit., pp. 113 y 266). Por tanto, la buena fe de la que se habla en la versión española del art. 4:110 es la “buena fe contractual”. Sobre la distinción entre la buena fe y la lealtad en las transacciones (*fair dealing*), vid. *Principios, Partes I y II*, “Art. 1:201 – Comentario”, p. 151 (pp. 115 y 116 en LANDO/BEALE, op. cit.). Se preguntan WHITTAKER y ZIMMERMANN, “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en WHITTAKER, S./ZIMMERMANN, R. (eds.), *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 14, si la buena fe presente en los PECL forma parte del núcleo común del Derecho contractual europeo o si se trata de una noción presente en uno o varios sistemas legales e impuesta artificialmente a los demás: vid. ib., pp. 15-16.

¹⁵⁷ En los ACQP, la mera existencia de cláusulas no negociadas individualmente es razón suficiente para suponer que quien las usa pudo limitar la libertad contractual de la otra parte, y por tanto su control judicial está justificado en contratos B2B, es más, precisamente por ello dicho control no puede limitarse a contratos B2B y B2C; consecuentemente, el aptdo. 1 del art. 6:301 ACQP –que exige un desequilibrio significativo contrario a la buena fe– se concibe como una regla aplicable a todos los contratos, y el aptdo. 2 como una norma menos restrictiva de control para B2B, donde se espera que las partes cuiden mejor de sus propios intereses (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:301”, 2007, pp. 235 y 237, 2009, p. 322).

¹⁵⁸ El art. 30 CEC, incardinado en el Título III (“Contenido del contrato”) del Libro I, se titula “Contenido lícito y no abusivo”, estableciendo su aptdo. 5 que en los contratos B2C “sin perjuicio de las reglas comunitarias, no tienen efecto las cláusulas que no han sido objeto de una negociación, si ellas crean, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que deriven del contrato, *aún en el caso de que el profesional actúe de buena fe*”.

de contratos) si es *irrazonablemente gravosa* (*onredelijk bezwarend*) para el adherente¹⁵⁹, o si el predisponente no dio a este una oportunidad razonable de conocer su contenido¹⁶⁰. Y basándose únicamente en la existencia de una *excesiva desproporción* (*gross disparity*), el art. 3.2.7 PICC permite anular el contrato (mercantil e internacional) o cualquiera de sus cláusulas¹⁶¹.

Más casuístico se muestra el DCFR, que, como antes dijimos, no da una sola definición de cláusula abusiva, si bien es cierto que, en los tres artículos que dedica a la cuestión, se establece un parámetro coincidente, cual es la *buena fe y honradez en los tratos*¹⁶², al que se añade otro elemento configurador en contratos B2C y C2C: la irrogación de un *perjuicio significativo*¹⁶³ a la parte que no dispuso la cláusula, esto

¹⁵⁹ Art. 6:233 a) BW, que además establece los factores valorativos de tal gravamen irrazonable: la naturaleza y demás términos del contrato, la manera en que se han establecido las condiciones, los intereses de cada parte, y las otras circunstancias del caso. Como vemos, coinciden sustancialmente con los factores previstos para el test de equidad en el art. 4.1 Dir. 93/13.

¹⁶⁰ Art. 6:233 b) BW, el cual se complementa con el art. 6:234, que especifica cuándo se entiende cumplida la obligación de puesta en conocimiento de las condiciones generales: si el predisponente las entrega antes o en el momento de celebrar el contrato (físicamente o por medios electrónicos para su inspección posterior), o, cuando ello no es razonablemente posible, si ha dado a conocer a la contraparte antes de la celebración que están a su disposición (física o electrónicamente) y que le serán enviadas en cuanto lo pida.

¹⁶¹ Aunque los PICC no son aplicables a los contratos de consumo (el fundamento de restringir su aplicación a los contratos “mercantiles” no es otro que excluir de su ámbito las operaciones de consumo; PICC, “Preamble – Comment”, 2010, p. 2), prevén un control de contenido con abstracción de la situación de las partes y del uso de condiciones generales, en tanto que permiten anular el contrato en cualquier momento, bien en su conjunto o solo alguna de sus disposiciones, en casos de excesiva desproporción de las prestaciones que resulta en una ventaja *excesiva* (se requiere que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable) e *injustificada* (valorando todas las circunstancias del caso) para la otra parte, a cuyo efecto se han de tener en cuenta unos factores *ex art.* 3.2.7(1)(a) y (b), como la existencia de una *posición negociadora desigual* (derivada de la dependencia, aflicción económica, ignorancia o inexperiencia de la otra parte), y la *naturaleza y finalidad del contrato* (pues existen situaciones en que la ventaja excesiva es injustificada aun cuando el beneficiario de la misma no haya abusado de la posición negociadora más débil de la otra parte), pudiendo también ser necesario tomar otros factores en consideración, como los parámetros éticos que prevalecen en una determinada rama del comercio (PICC, “Art. 3.2.7 – Comment”, 2010, pp. 108-110).

¹⁶² La contravención a sus exigencias es requisito de la consideración de abusividad en contratos B2C, C2C y B2B, arts. II.-9:403, II.-9:404 y II.-9:405 DCFR, respectivamente. La “buena fe y honradez en los tratos” se define como una *norma de conducta caracterizada por la honestidad, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión* [art. I.-1:103(1) DCFR]. Concreta el DCFR que una parte actúa contra la buena fe y honradez en los tratos, particularmente cuando lo hace de forma incompatible con sus declaraciones o conductas anteriores habiendo confiado la otra parte razonablemente en ellas [art. I.-1:103(2)]. El Anexo de Definiciones del DCFR recoge la noción de *good faith* de forma individual (de hecho, justo antes de la definición de *good faith and fair dealing*, que reproduce lo dispuesto en art. I.-1:103), según la cual “buena fe” es una *actitud mental caracterizada por la honestidad y la falta de conocimiento de que una aparente situación no es la verdadera situación*.

¹⁶³ Prescinde el DCFR de la exigencia del art. 3.1 Dir. 93/13 de que se cause un *desequilibrio importante* entre los derechos y deberes contractuales, sustituyendo dicho desequilibrio por el “perjuicio a la otra parte” con

es, al consumidor (B2C, art. II.-9:403) o al otro particular (C2C, art. II.-9:404); por su parte, para los contratos B2B, además del parámetro común indicado, exige el art. II.-9:405 que la cláusula resulte de tal naturaleza que su aplicación se *aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales* (el criterio proviene de la Dir. 2000/35/CE –hoy sustituida por la Dir. 2011/7/UE– y da lugar a una regla de control de contenido más liberal que la prevista en el DCFR para contratos B2C o C2C¹⁶⁴), requisito específico para B2B compartido con los ACQP [art. 6:301(2)]. En los contratos B2B y C2C, el DCFR limita el ámbito de control de abusividad, en su aspecto material, a lo que conocemos como condiciones generales, *cláusulas estándar* en la terminología empleada por el DCFR¹⁶⁵, limitación que no existe para el caso de contratos B2C¹⁶⁶.

Siguiendo la línea del DCFR, tanto el FS como la CESL dedican distintos preceptos al significado de cláusula abusiva: uno para contratos B2C, donde los parámetros de control son, en el FS [art. 81(1)] los mismos previstos en el art. II.-9:403 DCFR¹⁶⁷, y en la CESL (art. 83.1) los contemplados en el art. 3.1 Dir. 93/13 salvo por la mención al *fair dealing*, que no está presente en este precepto pero sí en aquel del DCFR¹⁶⁸; otro para contratos B2B, donde los parámetros son, en la CESL (art. 86.1) los

la pretensión, al parecer, de no dejar dudas respecto de que el control de contenido no alcanza al equilibrio económico entre las prestaciones esenciales (DCFR, *Full Edition*, “II.-9:403”, pp. 634 y 635).

¹⁶⁴ Como recuerda BLANDINO GARRIDO, M.A., “Contenido y efectos de los contratos”, en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, p. 663.

¹⁶⁵ Definidas como cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente (art. II.-1:109 DCFR). En efecto, los arts. II.-9:404 y II.-9:405 dejan claro que en contratos C2C y B2B (respectivamente) solo las cláusulas estándar pueden considerarse abusivas. Quedan fuera del ámbito de control las cláusulas en contratos C2C y B2B que han sido predispuestas para una determinada transacción, esto es, lo que conocemos como cláusulas de adhesión particular, las cuales sí entrarían dentro del ámbito previsto para contratos B2C (art. II.-9:403, que no hace referencia a las *standard terms*, al contrario que los arts. II.-9:404 y II.-9:405).

¹⁶⁶ Ello es debido a que el control de contenido en contratos B2C se justifica por la desigualdad en el poder de negociación de las partes, no por el empleo de cláusulas estándar, que en otros contratos se valora como dato justificativo de control, al entender que aquellas permiten al predisponente restringir la libertad contractual de la otra parte (DCFR, *Full Edition*, “II.-9:404”, p. 640 y “II.-9:405”, p. 641).

¹⁶⁷ Esto es, la irrogación de un perjuicio significativo, contrario a la buena fe y la honradez en los tratos, y desde el punto de vista material el art. 81 FS, al igual que el art. 9:403 DCFR, no se limita a las condiciones generales, de hecho, ni siquiera se limita a las cláusulas no negociadas individualmente.

¹⁶⁸ El art. 83.1 CESL seguía, en cuanto a la abusividad en contratos B2C, el planteamiento de la Dir. 93/13 más que el previsto en el DCFR, en un doble sentido: por un lado, la limitación a las cláusulas no negociadas individualmente (*idem* art. 3.1 Dir. 93/13), hasta que la RPE 2014 eliminó (enmienda 155) la mención a la falta de negociación individual; por otro –y esto no cambió–, la consideración de abusividad basada en la irrogación de un desequilibrio contractual importante, frente al “perjuicio” significativo del art. 9:403 DCFR, si bien toma de este la exigencia de contravención no solo a la buena fe sino también a la honradez en los tratos (*fair dealing*). En la versión española oficial del instrumento opcional se ha traducido *good faith and fair dealing* como “buena fe contractual”: cfr. versión original y española del art. 83.1 CESL y

establecidos en el art. II.-9:405 DCFR –aunque la *RPE 2014*, enmienda 175, cambió las “buenas” prácticas por las “habituales”–, añadiendo el FS [art. 85(1)] la exigencia de que la cláusula cause un *perjuicio significativo* a la otra parte¹⁶⁹. EL FS, además, proscribía las cláusulas sorprendentes incluidas en condiciones generales al tacharlas de abusivas (art. 87¹⁷⁰); carácter sorprendente que en CESL [letra c) *bis* del art. 83.2, introducida por *RPE 2014*, enmienda 156] es una de las circunstancias concurrentes al contratar a tener en cuenta para evaluar el carácter abusivo en B2C.

Más lo especialmente relevante, en comparación con otros sistemas, es la consideración de abusividad que prevé el DCFR por incumplimiento del deber de transparencia en contratos B2C. Tal deber pesa sobre todo predisponente de cláusulas no negociadas individualmente, cualquiera que sea el adherente, y se concreta en la obligación de emplear un lenguaje sencillo e inteligible en la redacción y comunicación de dichas cláusulas¹⁷¹ [art. II.-9:402(1)], pero si el adherente es consumidor se eleva a causa *per se* de abusividad la infracción de dicho deber, esto es, la cláusula no transparente en contrato B2C podrá ser considerada solo por este motivo abusiva¹⁷² [art. II.-9:402(2)], mientras que para el resto de contratos el deber de transparencia es factor valorativo de abusividad [art. II.-9:407(1)]. Por basarse en el DCFR, tanto el FS como la CESL prevén el cumplimiento del deber de transparencia como factor a tener en cuenta en el test de equidad, pero solo para contratos B2C [arts. 82 FS y 83.2(a)]

del art. 2 b) CESLR, que contiene la misma definición dada por el art. I.-1:103(1) DCFR (vid. *supra* n. 162). Por su parte, el aptdo. 2 del art. 83 CESL sí está más en línea con el DCFR, en el sentido de que prevé el deber de transparencia como factor a tener en cuenta en el test de abusividad, como hace el art. II.-9:407(1) DCFR, si bien en el mismo dicho factor es aplicable a todos los contratos mientras que en el CESL solo para B2C: cfr. arts. 83.2(a) y 86.2 CESL.

¹⁶⁹ La CESL está en sintonía con el DCFR en cuanto a los parámetros de control de abusividad en contratos B2B, pero no tanto en lo que se refiere al ámbito material, pues mientras el art. II.-9:405 DCFR se limita a las condiciones generales, el art. 86 CESL (casi idéntico que art. 87 FS *rev.*) solo exige que la cláusula sea no negociada individualmente, al igual que ocurre con el art. 85 FS, que además difiere del art. II.-9:405 DCFR en traer a colación un elemento configurador de abusividad que el DCFR no contempla para B2B sino para B2C y C2C, cual es la irrogación de un perjuicio significativo a la parte que no dispuso la cláusula.

¹⁷⁰ Tales cláusulas son definidas en este precepto (limitado a *standard terms*) como aquellas de naturaleza tan sorprendente que la otra parte no podía haberlas esperado. Si bien es cierto que para el FS son abusivas y, por tanto, no vinculantes [art. 77(1)], el art. 87 *in fine* prevé la posibilidad de que no reciban tal tacha ni sanción alguna, para el caso de que se hayan aceptado expresamente.

¹⁷¹ El predisponente ha de concebir el clausulado de un modo lo suficientemente transparente como para hacer posible que la otra parte se familiarice con el contenido del contrato antes de su conclusión y utilice las cláusulas como fuente fiable de información antes y durante el tiempo de cumplimiento (DCFR, *Full Edition*, “II.-9:402”, p. 629).

¹⁷² Ello implica que, en contratos B2C, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas oscuras o incomprensibles no exige que se entre a analizar, en concreto, el contenido de regulación de cada una de ellas (BLANDINO, op. cit., p. 648).

CESL], porque a diferencia del DCFR estos textos únicamente contemplan tal deber en el ámbito B2C (arts. 80 FS y 82 CESL¹⁷³).

En la Dir. 93/13 el principio de transparencia se encuentra en su art. 5 (junto con la regla de interpretación *contra proferentem*), y se circunscribe *nominalmente* a la obligación del profesional de redactar las cláusulas –no negociadas individualmente en contrato con consumidor– de forma clara y comprensible. La relación entre este precepto y el art. 3 de la Directiva (que recoge el concepto de cláusula abusiva) no se muestra nítidamente, pareciendo el deber de transparencia más un requisito de inclusión del clausulado predispuesto e impuesto en contrato B2C que una regla a tener en cuenta en el juicio de abusividad¹⁷⁴, si bien de los antecedentes de la Directiva pudiera desprenderse lo contrario¹⁷⁵. No obstante, el enlace entre el principio de

¹⁷³ En la CESL el deber de transparencia pesa sobre el comerciante, que al incorporar cláusulas al contrato celebrado con consumidor deberá asegurarse de que se redacten y comuniquen en un lenguaje sencillo y comprensible. Como vemos, la concreción de este deber coincide con la previsión del art. II.-9:402(1) DCFR, con la diferencia de que este se aplica a todos los contratos con cláusulas no negociadas individualmente, mientras que el art. 82 CESL solo es aplicable al ámbito B2C y tras la *RPE 2014* se eliminó (enmienda 154) de dicho precepto la mención a la falta de negociación individual. El FS va un paso más allá, pues el art. 80 impone al profesional el deber de asegurarse de que las cláusulas, no negociadas individualmente con el consumidor, se presenten de una manera comprensible y *accesible* (requerimiento de accesibilidad que no aparece en art. 82 CESL), puntualizando que dichas cláusulas no son presentadas de forma accesible si se encuentran en un lugar donde el consumidor no puede esperar encontrarlas, aclaración hecha *in fine* por este precepto que para MICKLITZ (op. cit. 2012, p. 60) es bienvenida ya que la accesibilidad tomada en serio abre nuevas vías para ejercer el control sobre condiciones generales complejas donde incluso los abogados tienen dificultades para entender cómo encajan en el contexto del contrato celebrado las partes y piezas repartidas en extensas páginas.

¹⁷⁴ Lo mismo ocurre en el TRLCU, donde no existe relación aparente entre el art. 80 –que establece los requisitos que deben reunir las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C, entre ellos, la concreción, claridad y sencillez en su redacción *ex aptdo.* 1, letra *a*)– y el art. 82 (regulador del concepto de cláusula abusiva), salvo por la referencia que se hace en el primero a la buena fe y justo equilibrio contractual (art. 80.1.c), elementos que son elevados en el segundo a parámetros de control de contenido, pues su contravención genera abusividad (art. 82.1). Nótese que de los requisitos establecidos en el art. 80.1 solo los de la letra *c*) han merecido esta consideración por el legislador, de hecho, al referirse a estos, se advierte que su necesario cumplimiento “*en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*”, expresión que no se utiliza en los restantes requisitos. En la LCGC, su art. 5.5 establece como requisito de inclusión de las condiciones generales que su redacción se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, reconduciendo su incumplimiento a la interpretación *contra proferentem* (art. 6.2 LCGC, para las condiciones generales oscuras, al igual que hace, si bien de forma menos nítida, el art. 80.2 TRLCU para todas las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C) y, en los supuestos más graves, la sanción de no incorporación al contrato (art. 7 LCGC).

¹⁷⁵ Como señaló la Abogada General Verica TRSTENJAK en sus conclusiones sobre el Asunto C-92/11, presentadas el 13.9.2012 (ECLI:EU:C:2012:566); concretamente en los ptos. 62 y 63 TRSTENJAK sostenía que de los antecedentes de la Dir. 93/13 se desprende que el principio de transparencia del art. 5 constituye un criterio para determinar el carácter abusivo con arreglo al art. 3, criterio que habría sido objeto de regulación específica. Sin embargo no se mostró tan tajante el TJ en su St. 21.3.2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11 (en adelante, *St. RWE Vertrieb*), donde no mencionó ese argumento de TRSTENJAK porque de hecho no tenía

transparencia y el control de contenido está presente en la Directiva, aunque de forma menos contundente que en el DCFR¹⁷⁶: el inciso final del art. 4.2 Dir. 93/13 permite abrir la consideración de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales (que *a priori* están exentas de tal apreciación: vid. *in extenso* epígrafe 2.3.2) cuando su redacción no sea clara y comprensible, regla que también está presente en PECL [art. 4:110(2)(a)], ACQP [art. 6:303(2)], DCFR [art. II.-9:406(2)], FS [art. 78(2)¹⁷⁷], y lo estaba originalmente en la CESL¹⁷⁸, si bien en estos tres últimos textos el deber de transparencia no solo se circunscribe a la redacción del clausulado¹⁷⁹.

El planteamiento del DCFR respecto a la infracción del deber de transparencia no tiene equivalente, ni en su consideración como *motivo* de abusividad en el ámbito B2C con independencia del desequilibrio que genere la cláusula opaca, ni como *indicio* o factor valorativo del eventual carácter abusivo en todos los contratos (para FS y CESL la comprobación del cumplimiento de tal deber es factor a tener en cuenta en el test de equidad solo en contratos B2C). En efecto, como hemos visto, entre los parámetros de control utilizados por Dir. 93/13, PECL y ACQP no se encuentra la transparencia, tampoco en el TRLCU, que sigue dicha directiva al respecto (al igual que la PMCC, sin el referente de consumo), al margen de que, como veremos más adelante (epígrafe 2.4.2.C), nuestro Tribunal Supremo ha llegado a acoger la falta de transparencia como medio para controlar la abusividad del clausulado nuclear en contratos B2C¹⁸⁰, afirmando incluso que el art. 4.2 Dir. 93/13 conecta la transparencia con el juicio de

obligación de hacerlo, en la medida en que la Abogada General advirtió que corresponde al juez nacional, no al TJ, valorar si una violación del principio de transparencia debe considerarse abusiva (ptos. 72 y 75). Sobre la controvertida relación del principio de transparencia y la cláusula general de abusividad, arts. 5 y 3 Dir. 93/13, volveremos con más detalle posteriormente.

¹⁷⁶ BLANDINO, op. cit., p. 647.

¹⁷⁷ En el FS la apertura del juicio de abusividad a dichas cláusulas por infringir el deber de transparencia es posible en contratos B2C pero no B2B (cfr. aptdos. 2 y 3 del art. 78 FS, y con mayor claridad los mismos aptdos. del art. 81 FS *rev.*), por la sencilla razón de que en estos últimos no se contempla tal deber.

¹⁷⁸ El art. 80 CESL tenía inicialmente un aptdo. 2 según el cual la sección dedicada a las cláusulas abusivas en B2C “no se aplicará a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio que deba pagarse, siempre que el comerciante haya cumplido el deber de transparencia establecido en el artículo 82”; apartado que fue suprimido por RPE 2014 (enmienda 153). Lo que nunca se contempló fue la posibilidad de controlar los elementos esenciales en contratos B2B (art. 80.3 CESL), por la misma razón apuntada en la nota anterior.

¹⁷⁹ En los arts. II.-9:402(1) DCFR y 82 CESL la transparencia también se exige en la *comunicación* del clausulado (a cualquier adherente en DCFR y al consumidor en CESL); en el art 80 FS se exige en la *presentación* de las cláusulas al consumidor, de manera comprensible y *accesible*: vid. *supra* n. 173.

¹⁸⁰ Planteamiento desarrollado en nuestra doctrina científica por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, 2004, y como precursor, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “DA 1ª.3”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 913-914, al indicar que la transparencia de los elementos esenciales cumple el fin de garantizar el conocimiento de la carga económica del contrato y la elección de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia.

abusividad¹⁸¹. Un precedente a esta regla lo encontramos, tras la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, en el § 307 BGB, relativo al control de contenido (*Inhaltskontrolle*, limitado a las condiciones generales pero no al ámbito B2C), cuyo Abs. 1 estima una *desventaja irrazonable*¹⁸² (*unangemessene Benachteiligung*) que la disposición no sea clara y comprensible.

El deber de transparencia tampoco se prevé en dichos textos como uno de los factores a tener en cuenta para el juicio de abusividad (salvo en FS y CESL), limitándose a los previstos en la Dir. 93/13, que, según vimos al principio de este apartado, son los de su art. 4.1, esto es, la *naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato*, las *circunstancias concurrentes en el momento de su celebración*, y las *demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa*; criterios todos ellos presentes en PECL [art. 4:110(1)¹⁸³], ACQP [art. 6:301(1)¹⁸⁴], TRLCU (art. 82.3), PMCC (art. 1262.2), y en el propio DCFR, art. II.-9:407(1)¹⁸⁵ [así como en FS y CESL, para B2C, arts. 82 y

¹⁸¹ Afirmación hecha en STS 24.3.2015, FJ 3º, pto. 3, reproducida en STS 29.4.2015, FJ 14º, pto. 3. En opinión del TS (ib.), esa conexión responde a que la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra empresa, o una u otra modalidad de contrato, de entre los varios ofertados.

¹⁸² Los parámetros empleados por el BGB para determinar si las condiciones generales (*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, o *standard business terms*, en la terminología del BGB, de cuyo concepto *ex* § 305 Abs. 1 se excluyen las cláusulas negociadas detalladamente) resultan válidas en cuanto a su contenido son la *buena fe* y, en sentido negativo, la *desventaja irrazonable*, de modo que la disposición será ineficaz si produce tal desventaja (que puede derivar de una falta de transparencia) al adherente –consumidor o no– pese a las exigencias de la buena fe. Prescinde el BGB, en § 307 Abs. 1, de la referencia al “desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes” presente en el art. 3.1 Dir. 93/13, y que tampoco se encuentra en el DCFR (arts. II.-9:403, II.-9:404 y II.-9:405) ni en el BW (art. 6:233), según vimos antes.

¹⁸³ Si bien es cierto que este precepto no hace una formulación idéntica de los factores valorativos que la Directiva, concretamente en dos de ellos: en vez de atender a la *naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato* (4.1 Dir.), el art. 4:110(1) PECL habla de atender a la *naturaleza de la prestación debida*; y mientras la Directiva sienta que han de considerarse no solo las demás cláusulas del contrato sino también las de otro contrato del que eventualmente dependa aquel, los PECL silencian este último extremo, debiéndose atender a las cláusulas del propio contrato donde se inserta la estipulación controvertida.

¹⁸⁴ Los comentaristas del precepto señalan que este requiere una evaluación abstracta de la abusividad de la cláusula en sí misma de acuerdo con su contenido, análisis que está en consonancia con los criterios establecidos en la segunda parte del aptdo. 1, ya que tales criterios son abstractos (la naturaleza de los bienes y servicios, otras cláusulas del contrato), y en cuanto a la referencia que también hace a las circunstancias de la celebración del contrato, esto puede en algunos casos justificar una modificación del resultado de la evaluación abstracta inicial (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:301”, 2007, p. 238, 2009, p. 323).

¹⁸⁵ En los Comentarios a este artículo se advierte que el punto de partida en el test de abusividad es la evaluación abstracta de la concreta cláusula y no la aceptación general del contrato en su conjunto (que es irrelevante), si bien otras cláusulas del contrato o de cualquier otro del que dependa también están incluidas en dicha evaluación, lo cual no supone que el predisponente pueda justificar la inclusión de una cláusula eventualmente abusiva mediante la introducción de otra cláusula favorable al adherente, salvo que exista una estrecha conexión entre ambas, de modo que esta última constituya una efectiva

83.2(b)-(e) respectivamente, y para B2B, arts. 85(2) FS y 86.2 CESL], donde se añade el deber de transparencia como otro factor valorativo en la apreciación del carácter abusivo en todos los contratos [en FS, art. 82, y CESL, art. 83.2(a), solo para B2C], y, además, advirtiendo que al atender a las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración se habrá de considerar, en contrato B2C, si al consumidor se le dio una oportunidad real de conocer la cláusula *antes* de celebrarse el contrato [art. II.-9:407(2)].

El no darle al adherente la oportunidad real de familiarizarse *a priori* con la cláusula predispuesta se circunscribe en el DCFR a criterio de valoración de abusividad *específico* (limitado al ámbito B2C), a indicio de que la concreta cláusula puede ser abusiva. Esta regla resulta desconocida en el acervo comunitario y nacional¹⁸⁶, así como en los PECL y ACQP, si bien en estos últimos [art. 6:201(4) ACQP] se prevé la no vinculación del consumidor por las *cláusulas* -no negociadas individualmente- *que no tuvo oportunidad real de conocer antes de la celebración del contrato*, pero no por resultar tales cláusulas indiciariamente abusivas [al modo del art. II.-9:407(2) DCFR] con ulterior comprobación de tal sospecha¹⁸⁷, sino por suponer un incumplimiento de los requisitos de inclusión. Por tanto, en los ACQP tales cláusulas son directamente no

compensación de aquella -en particular, un precio bajo no puede justificar las cláusulas abusivas a menos que este acuerdo sea el resultado de una negociación individual-; la referencia a las "otras cláusulas" solo significa que el efecto de una cláusula puede estar influenciada por otras cláusulas (DCFR, *Full Edition*, "II.-9:407", p. 650). Estas puntualizaciones también son aplicables a los ACQP, de hecho el Comentario B sobre el art. II.-9:407 DCFR reproduce partes del B.3 sobre el art. 6:301 ACQP (cfr. PFEIFFER/EBERS, "Art. 6:301", 2007, p. 238), si bien respecto a las "*circunstancias concurrentes durante la celebración del contrato*" el comentario del DCFR se muestra más contundente, al indicar que este factor solo puede influir en el resultado del test de abusividad en casos excepcionales, por ejemplo cuando de la evaluación abstracta resulta que la cláusula está en la frontera de lo abusivo no se considerará abusiva si el predisponente ha realizado un especial esfuerzo para explicar las consecuencias de tal cláusula al adherente (DCFR, *ib.*).

¹⁸⁶ Como antes comentamos (vid. *supra* n. 174), los únicos parámetros del control de contenido previstos en el art. 82.1 TRLCU son la buena fe y el equilibrio contractual, requisitos que deben reunir las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C conforme a la letra c) del art. 80.1 TRLCU, precepto este que también contempla, en su letra b), la "*accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*", requisito que, sin embargo, no ha sido conectado por el legislador con el juicio de abusividad [*idem* requisito previsto en art. 80.1, a) TRLCU]. A diferencia, por tanto, del art. II.-9:407(2) DCFR, en el TRLCU la apreciación de abusividad es independiente del mayor o menor conocimiento de la cláusula por el consumidor; si bien, como otra cara de la moneda, el legislador ha previsto la ineficacia del clausulado abusivo aun cuando el consumidor lo hubiese firmado informado y conscientemente, es decir, aunque se hubieran cumplido los requisitos del control de inclusión. Esta rígida bipartición entre control de inclusión y de contenido cuenta con la excepción del art. 89.1 TRLCU, que considera en todo caso abusivas "*las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*" (BLANDINO, *op. cit.*, p. 678).

¹⁸⁷ El indicio de abusividad requiere la efectiva refutación de esta conforme a los parámetros, en este caso, del art. II.-9:403 DCFR [ya que la regla del art. II.-9:407(2) es solo de ámbito B2C, de hecho, remite a aquel precepto], para que surta el "efecto" previsto en el art. II.-9:408 para las cláusulas abusivas, esto es, su no vinculación para la parte que no las predispuso (sobre esto último remitimos *infra*, epígrafe 3.2.1.A).

vinculantes para el consumidor, mientras que en el DCFR solo lo son potencialmente¹⁸⁸; en los ACQP se entienden no incorporadas, en el DCFR sí –siempre y cuando se cumplan los requerimientos del art. II.-9:103–, sin perjuicio de su sujeción al test de equidad, al que se llegará con la sospecha de su abusividad.

El art. II.-9:103 DCFR impone al predisponente un deber de advertir a la otra parte –consumidor o no– de la existencia de cláusulas no negociadas individualmente *antes o durante* la celebración del contrato, so pena de ser *inoponibles* al adherente. El predisponente cumple con este deber de advertencia (predicable de todos los contratos en que se usen cláusulas no negociadas individualmente) si tomó las *medidas razonables* para llamar la atención al otro respecto de dichas cláusulas, pero tales medidas no comprenden la posibilidad de conocimiento efectivo del clausulado (tan solo un preaviso de que serán utilizadas dichas cláusulas), requerimiento que se reserva para el ámbito B2C y que ha de verificarse *antes* de celebrarse el contrato [art. II.-9:407(2), que vendría así a constituir una intensificación de la regla general del art. art. II.-9:103¹⁸⁹]. En los PECL también se contempla el deber del predisponente de adoptar las *medidas razonables* para que el adherente repare en las cláusulas no negociadas individualmente antes o en el momento de celebrarse el contrato (bajo sanción de inoponibilidad, art. 2:104 PECL), deber igualmente recogido en los ACQP [como requisito de inclusión, art. 6:201(1)], que prevén una regla más estricta para contratos con consumidor, ya que este ha de tener la oportunidad real de conocerlas antes de la celebración [también como requisito de inclusión, art. 6:201(4)].

En los ACQP la falta de adopción de dichas medidas razonables y la no concesión (al consumidor) de oportunidad real de conocimiento [art. 6:201(1) y (4), respectivamente] acarrear las mismas consecuencias (no vinculación por incumplimiento de requisitos de inclusión), lo cual no acontece en el DCFR¹⁹⁰, donde la infracción del deber previsto en art. II.-9:103 impide la invocación de las cláusulas frente al adherente (no quedan incorporadas, salvo que este lo desee¹⁹¹), mientras que la ausencia de aquella específica oportunidad supone, como hemos visto, que la cláusula que el consumidor no tuvo ocasión real de conocer sea indiciariamente abusiva [art. II.-9:407(2)]. En el art. II.-9:103 DCFR se inspiró tanto el art. 86 FS como el

¹⁸⁸ Sobre las consecuencias prácticas de la diferente redacción de tales preceptos [art. II.-9:407(2) DCFR y art. 6:201(4) ACQP], da cuenta PFEIFFER, T., “Non-negotiated terms”, en SCHULZE, R. (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2009, pp. 186 y 187.

¹⁸⁹ DCFR, *Full Edition*, “II.-9:407”, p. 651.

¹⁹⁰ Sobre esta falta de coincidencia, en cuanto a las consecuencias que llevan consigo los arts. II.-9:103 y II.-9:407(2) DCFR, vid. BLANDINO, op. cit., p. 677.

¹⁹¹ DCFR, ib.

original art. 70 CESL –suprimido por *RPE 2014*, enmienda 143–, si bien mientras en este último la sanción que acarreaba la no adopción de medidas razonables, al objeto de llamar la atención sobre las cláusulas no negociadas individualmente, era la misma que la prevista en el DCFR¹⁹², para el FS las cláusulas introducidas con infracción de dicho deber resultan no vinculantes *pero por ser abusivas* [cfr. arts. II.-9:103(1) DCFR y 86(1) FS en relación con 77(1) FS].

A nivel de Derecho comparado, ya vimos que el art. 6:233 BW, aplicable a todos los contratos con condiciones generales, prevé un control de estas basándose en un parámetro abstracto¹⁹³, pero también (de forma no cumulativa) en uno muy preciso, cual es el cumplimiento por el predisponente de la obligación consistente en darle a la contraparte una oportunidad razonable de conocer el contenido de las condiciones generales¹⁹⁴.

Téngase en cuenta que la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008 preveía en su art. 31.2 la obligación de poner a disposición del consumidor las cláusulas contractuales (que debían redactarse en términos claros y comprensibles, y ser legibles, según art. 31.1) de forma que le permitiesen, de acuerdo con el medio de comunicación utilizado por el profesional, familiarizarse *verdaderamente* con ellas *antes* de celebrarse el contrato¹⁹⁵. La infracción de esta regla, circunscrita a los “*requisitos de transparencia de las cláusulas contractuales*” (tal rezaba el rótulo del art. 31 Propuesta), tenía originariamente como consecuencia que la cláusula fuera considerada indiciariamente abusiva, al situar dicha infracción dentro de los

¹⁹² La redacción del art. 70.1 CESL era casi idéntica a la del art. II.-9:103(1) DCFR, de ahí que la sanción fuera la misma (imposibilidad de invocación) y que el deber del predisponente de cláusulas no negociadas individualmente se limitara a una obligación de advertencia de que dichas cláusulas serán utilizadas. Por tanto, la elección del instrumento opcional podía conducir a una reducción del nivel de protección del adherente en comparación con lo previsto en ordenamientos como el español o el alemán (donde las condiciones predispuestas solo formarán parte del contrato si son accesibles: § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, arts. 5.1 LCGC y 80.1.a TRLCU), salvo que se realizase una interpretación amplia del art. 70 CESL en el sentido de que las *medidas razonables* comprenden también la posibilidad de conocimiento efectivo del clausulado (EBERS, op. cit., 2012, p. 16), como por ejemplo la PMCC al establecer que las condiciones generales solo quedan incorporadas si el predisponente adoptó en tiempo oportuno las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y *contenido* de las que estén destinadas a incorporarse al contrato (art. 1261.2), por tanto el conocimiento no solo se refiere a la existencia sino también al contenido.

¹⁹³ La letra *a*) de dicho precepto permite impugnar las condiciones que causen un *gravamen irrazonable* al adherente, lo cual habrá de comprobarse mediante ciertos factores valorativos: vid. *supra* n. 159.

¹⁹⁴ Art. 6:233 *b*) BW, vid. *supra* n. 160.

¹⁹⁵ La norma trataba de garantizar en lo posible la correcta formación de la voluntad contractual del consumidor adherente, procurándole un conocimiento completo, tanto físico –puesta a disposición– como intelectual –legibilidad, redacción clara y comprensible–, de las cláusulas a las que somete, como presupuesto para la emisión de un consentimiento consciente (CARBALLO, op. cit., p. 11).

factores valorativos de abusividad previstos en la Propuesta (art. 32.2¹⁹⁶), de modo similar al art. II.-9:407(2) DCFR, esto es, como criterio de apreciación de su eventual carácter abusivo, pendiente de verificar la efectiva existencia de los elementos configuradores de tal carácter¹⁹⁷. Esto supondría un cambio importante respecto a las previsiones de la Dir. 93/13¹⁹⁸, que no contempla la oportunidad cognitiva –real y previa– del clausulado entre los factores establecidos en su art. 4.1 (ni tampoco como un requisito de transparencia¹⁹⁹); sin perjuicio de que su falta pueda ser determinante para enjuiciar la abusividad de las “cláusulas de referencia”, según el aptdo. 1(i) del Anexo Dir. 93/13²⁰⁰ (previsión similar, aunque dentro de una lista negra, se encuentra

¹⁹⁶ En su redacción original el aptdo. 2 del art. 32 contemplaba los mismos factores que la Dir. 93/13 (art. 4.1), añadiendo en su inciso final que “*para evaluar la equidad de una cláusula contractual, la autoridad nacional competente tendrá también en cuenta la forma en que el comerciante ha redactado y comunicado el contrato al consumidor con arreglo al artículo 31*”. Como hemos dicho, el art. 31 no solo establecía la exigencia de redacción clara y comprensible del clausulado predispuesto (aptdo. 1) sino también la de emplear una técnica comunicativa de dicho clausulado tal que posibilitara realmente su conocimiento con carácter previo a la celebración del contrato (aptdo. 2). Por tanto, el cumplimiento de *ambas* “obligaciones de transparencia” habría de tenerse en cuenta para evaluar el eventual carácter abusivo del clausulado; esto se vio de forma más nítida en la Propuesta modificada el 24.3.11, que introdujo en el art. 32 un aptdo. 2 *bis*, cuyo primer inciso rezaba igual que el art. 32.2 *in fine* pero aclarando que la referencia al art. 31 se hacía respecto a sus “*apartados 1 y 2*”.

¹⁹⁷ Recogidos en el art. 32.1 Propuesta y coincidentes con los previstos en el art. 3.1 Dir. 93/13.

¹⁹⁸ A la cual iba a dejar sin efecto la proyectada Directiva sobre los derechos de los consumidores, premisa de la que partía la Propuesta y que finalmente no cristalizó.

¹⁹⁹ En los antecedentes de la Dir. 93/13 se contemplaba el derecho a la información precontractual del consumidor junto al principio de transparencia. En efecto, en la Propuesta modificada de Directiva de 1992, la Comisión, en su afán de garantizar que el consumidor estuviera en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa, introdujo una disposición en este sentido, concretamente en el aptdo. 2 del art. 5. Este precepto regulaba, en su aptdo. 1, el principio de transparencia (y la regla *contra proferentem*, de hecho, salvo por su inciso final este art. 5.1 es casi idéntico al actual art. 5), tras lo cual, en su aptdo. 2, se establecía que “*con independencia de su conformidad o no conformidad a derecho, las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación por separado solo se considerarán aceptadas por el consumidor cuando éste haya tenido la posibilidad de tener conocimiento real de las mismas antes de firmar el contrato*”. El Consejo, aunque favorable a la atribución del derecho de información al consumidor, suprimió del texto cualquier referencia al mismo porque consideró que dicha atribución no correspondía al marco jurídico de la Directiva sino a las normativas nacionales que rigen la celebración de los contratos. No obstante, la Comisión ha señalado que algunos elementos de la Dir. 93/13 –el vigésimo Considerando y el aptdo. 1(i) del Anexo– se prestan a un interpretación favorable a un reconocimiento implícito del derecho a la información precontractual del consumidor (COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, p. 18).

²⁰⁰ Como es sabido este Anexo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (art. 3.3 Dir. 93/13), y en dicha lista gris se encuentran –letra i) del aptdo. 1– las que hagan “*constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*” (por su parte, el vigésimo Considerando de la Dir. 93/13 precisa que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato). Basándose en esta norma, los ACQP (art. 6:201) y el DCFR (art. II.-9:103) prevén la obligación de advertencia al adherente acerca de las condiciones contractuales (EBERS, op. cit., 2012, p. 15), también presente en los PECL (art. 2:104), aclarando los tres que

en art. 89.1 TRLCU). Mas en la Propuesta modificada de fecha 24.3.2011 la infracción de aquella regla pasó a tener como consecuencia que la cláusula pudiera ser considerada directamente abusiva por este solo motivo; lo que también era predicable –en el texto enmendado en dicha fecha– de la cláusula predispuesta por el profesional con infracción de la obligación de transparencia prevista en art. 31.1 (redacción clara y comprensible), de modo semejante al art. II.-9:402(2) DCFR.

Dado que el texto final de la Dir. 2011/83 no llegó a derogar la Dir. 93/13, ni tampoco a modificarla (salvo la introducción del nuevo art. 8 *bis*), el tratamiento del deber de transparencia previsto en la Propuesta no cristalizó en la práctica. De haberlo hecho el impacto en el régimen vigente resultaría trascendental, ya que la previsión era conectar la falta de transparencia (no solo en la redacción del clausulado sino también en su puesta a disposición comunicativa, aptdos. 1 y 2 del art. 31 Propuesta) con el juicio de abusividad, originariamente como factor de apreciación del eventual carácter abusivo del clausulado y, posteriormente (desde el 24.3.2011 al 23.6.2011²⁰¹), como motivo *per se* de abusividad, radicalizándose así su impacto en la valoración de la justicia del contrato²⁰².

dicha obligación no se entenderá cumplida con la mera referencia a las cláusulas en el documento del contrato, incluso si este se firma por la otra parte –sea consumidor o no– [aptdos. (2) de los arts. 2:104 PECL y 6:201 ACQP, y aptdo. (3)(b) del art. II.-9:103 DCFR, que vendrían así a clarificar el deber de advertir la existencia de cláusulas no negociadas individualmente, previsto en los aptdos. (1) de dichos preceptos]. Por basarse en el DCFR, el FS reproduce en su art. 86(2) lo dispuesto en art. II.-9:103(3)(b) DCFR, pero solo para contratos B2C, lo que igualmente hacía el art. 70(2) CESL hasta que fue suprimido por RPE 2014 (enmienda 143).

²⁰¹ A través de la enmienda nº 176, aprobada el 24.3.2011, se modificó el art. 32 Propuesta introduciendo un aptdo. 2 *bis*, que supuso sacar el inciso final del art. 32.2 (la enmienda nº 175 lo eliminó de su redacción) reformulándolo en un aptdo. independiente, el 2 *bis*, que, *in fine*, establecía que “*toda cláusula que haya sido propuesta por el comerciante en infracción de las obligaciones de transparencia impuestas en el artículo 31, apartados 1 y 2, podrá ser considerada abusiva por ese único motivo*” (la votación de las enmiendas por los europarlamentarios, en la sesión del 24.3.2011, se puede ver en DO C 169, de 9.6.2011, pp. 58 y 59). La posición del Parlamento sobre la Propuesta, fijada provisionalmente en marzo de 2011, quedó no obstante reemplazada finalmente por otra fruto de un acuerdo interinstitucional alcanzado el 6.6.2011 (tras una intensa reunión de representantes de Parlamento, Consejo y Comisión), refrendado el 23.6.2011 en la eurocámara, que supuso la supresión del capítulo V de la Propuesta y, con ello, el mantenimiento de la Dir. 93/13.

²⁰² Dicha radicalización era postulada por CARBALLO antes de que se modificara la Propuesta en marzo de 2011. En efecto, al analizar el texto inicial de la Propuesta, concretamente el último inciso del art. 32.2, ya advertía que el enfoque previsto para la falta de transparencia no era adecuado, en el sentido de que se relegaba la defectuosa comunicación o redacción de la cláusula a criterio de apreciación de su eventual carácter abusivo, de modo que su ineficacia pasaría, más allá de su cognoscibilidad real, por producir un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, con el riesgo por tanto de dejar la cláusula oscura o incomprensible sin sanción alguna; no obstante señalaba que, aun cuando sería razonablemente satisfactoria la introducción de una norma al estilo del art. II.-9:402(2) DCFR –como de hecho así ocurrió en

Se esté o no de acuerdo con dicho planteamiento –que finalmente no vio la luz–, lo cierto es que pudiera haber aportado a nuestro ordenamiento un asidero normativo que posibilitara relacionar nítidamente la cuestión de la transparencia y el control de abusividad. Y es que el ordenamiento español está huérfano de dicho asidero, al contrario de lo que sucede en Alemania, donde, tras la reforma del BGB operada por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, el *Transparenzgebot* se ha introducido en el § 307 BGB (Abs. 1 S. 2) relativo al control de contenido, y las reglas de cláusulas sorprendentes (*überraschende Klauseln*) y “contra proferentem” (*Unklarheitenregel*) de interpretación de las cláusulas ambiguas (*meherdeutige Klauseln*) se han unido en un único precepto –§ 305c BGB– en dos apartados respectivos, como si ahora el deber de transparencia se proyectase sobre toda la disciplina de las condiciones generales, puesto que ambas reglas no pueden estar en el mismo marco normativo si no se unen por un lazo que les dé sostén²⁰³. Sería deseable que aquí la Comisión General de Codificación, autora de la PMCC, apostara por incluir el *Transparenzgebot* en un futuro proyecto, de modo que finalmente tuviese reflejo en el Código Civil español.

2.3.2. Interpretación jurisprudencial comunitaria y nacional

Como hemos visto, la Dir. 93/13 establece en su art. 3.1 los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula (no negociada individualmente, en contrato B2C²⁰⁴), cuales son la contravención a la buena fe y la irrogación al consumidor de un desequilibrio contractual importante. Sin embargo, no aclara dicho precepto cuál es la relación entre el principio de buena fe y ese desequilibrio, lo que puede dar lugar a que tales elementos sean entendidos de forma cumulativa o alternativa, o en el sentido de que cualquier cláusula que genera un desequilibrio significativo es siempre contraria a la buena fe²⁰⁵. Es más, tampoco precisa qué debe entenderse por desequilibrio *importante* entre los derechos y obligaciones contractuales, ni en qué circunstancias se

la Propuesta modificada de 24.3.2011–, más adecuada sería la solución consistente en sancionar la falta de transparencia de la cláusula, abstracción hecha del desequilibrio que genere, con su no incorporación o inoponibilidad al adherente (CARBALLO, op. cit., pp. 14 y 15).

²⁰³ INFANTE RUIZ, F.J., “La exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto: a propósito de la Sentencia TJCE, Sala 1ª, de 9 de septiembre de 2004”, en *RdP*, nº 15, 2005, p. 165.

²⁰⁴ Falta de negociación individual y ámbito B2C son los dos requisitos *sine qua non* que el Tribunal de Justicia ha señalado para que una cláusula pueda ser calificada como abusiva a la luz de la Dir. 93/13 (St. Océano Grupo Editorial, aptdo. 21).

²⁰⁵ Esta ambigüedad en la redacción del art. 3.1 Dir. 93/13 ya fue puesta de manifiesto por EBERS, recomendando una clarificación al respecto; vid. EBERS, M., “Unfair Contract Terms Directive (93/13)”, en SCHULTE-NÖLKE, H./TWIGG-FLESNER, C./EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munich, 2008, pp. 200-202.

causa ese desequilibrio *pese a las exigencias de la buena fe*; limitándose la Directiva a poner “en suerte” tales elementos y dar unos factores de ponderación (en su art. 4.1) a tener en cuenta en el enjuiciamiento de abusividad.

Y dado que en España el TRLCU reproduce tal cual unos y otros (elementos y factores, en aptdos. 1 y 3 del art. 82, respectivamente), a diferencia de otros ordenamientos donde se percibe un mayor esfuerzo legislativo²⁰⁶, solo nos queda acudir a la jurisprudencia para encontrar una interpretación clarificadora de aquellos. En este sentido el TJ ha proporcionado indicaciones que el juez nacional debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo, a lo que hay que añadir los pronunciamientos de nuestro TS. Lo veremos a continuación, con la advertencia de que se trata de criterios interpretativos *generales*, esto es, para la apreciación del eventual carácter abusivo de cualquier cláusula no negociada individualmente en ámbito B2C, abstracción hecha del concreto tipo de contrato y de la específica cláusula de que se trate, para lo cual también existen criterios interpretativos *particulares* proporcionados por la jurisprudencia y que analizaremos posteriormente.

²⁰⁶ Por ejemplo el alemán, que, tras establecer los elementos que impiden superar el control de contenido – “desventaja irrazonable”, contraria a la buena fe, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB–, da unos criterios para apreciar la existencia de una *desventaja irrazonable*, como es la falta de transparencia (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB), así como, en caso de duda, la incompatibilidad de la cláusula con las líneas fundamentales de la disposición legal de la que se desvía (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), o que la cláusula limite los derechos o deberes esenciales que se derivan de la naturaleza del contrato de tal forma que ponga en peligro la consecución del fin contractual (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Otro ejemplo es el Reino Unido, que al transponer la Dir. 93/13, mediante la UTCCR 1994, expresamente estableció que para determinar si una cláusula cumple con el requisito de “buena fe” habría que tener en cuenta unos factores específicos [Reg. 4(3) UTCCR 1994], los cuales se contenían en una lista aparte, concretamente en *Schedule 2* UTCCR 1994: la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula, si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor, y si el profesional ha tratado de manera leal y equitativa al consumidor. La UTCCR 1994 fue reemplazada el 1.10.1999 por la UTCCR 1999, y aunque esta era muy similar a la anterior, hubo un cambio importante – aparentemente-, y es que el *Schedule 2* ya no trataba sobre la valoración de la buena fe, sino que contenía la lista indicativa de cláusulas no equitativas (antes en *Schedule 3*), respondiendo este cambio, según la OFT, a que el antiguo *Schedule 2* incorporaba fundamentalmente material de los Considerandos de la Dir. 93/13 – concretamente el decimosexto–, no de las disposiciones sustantivas de la directiva, si bien la ausencia de esos factores de valoración en la UTCCR 1999 no tenía trascendencia práctica ya que debía prestarse atención a los Considerandos de la directiva para interpretar la UTCCR 1999 (OFFICE OF FAIR TRADING, *Unfair Contract Terms Bulletin*, Issue No 8, Dec. 1999, p. 3; accesible en www.oft.gov.uk). Analiza la desaparición del *Schedule 2* UTCCR 1994 en la UTCCR 1999, MICKLITZ, op. cit., 2005, p. 396. Para una definición del requisito de buena fe, proporcionada por la propia OFT a los efectos del test de equidad, vid. OFFICE OF FAIR TRADING, *Unfair contract terms guidance*, Sep. 2008, p. 9 (accesible en www.oft.gov.uk).

A) Desequilibrio contractual importante y factores ponderativos

Centrándonos ahora en los criterios interpretativos generales, empezaremos con el referente al concepto de “*desequilibrio importante*” entre los derechos y obligaciones contractuales, en el sentido del art. 3.1 Dir. 93/13 y art. 82.1 TRLCU. Téngase en cuenta que el sistema de protección establecido por la directiva, y seguido por el TRLCU, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de estas²⁰⁷. El legislador parte de la base de que los contenidos contractuales no han sido fruto de una negociación entre las partes (si lo fuesen no sería aplicable esta normativa), de manera que los derechos y obligaciones que nacen del contrato no son una consecuencia natural y coherente de la ponderación de intereses de ambas partes, las estipulaciones que se introducen en aquel no tienen su justificación y explicación en la dialéctica entre dichos intereses; al no existir esta dialéctica el legislador ha pretendido preservar el interés del consumidor del uso del consiguiente poder del profesional predisponente para romper el equilibrio en desventaja de aquel²⁰⁸.

Según el Tribunal de Justicia, *para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor tal efecto desequilibrador es preciso realizar un doble examen*²⁰⁹: por un lado, un análisis comparativo entre lo previsto en contrato y normas nacionales en defecto de pacto para determinar si la cláusula deja al consumidor en una situación menos favorable que la norma nacional aplicable a falta de acuerdo²¹⁰; por otro, un examen de la situación jurídica de dicho consumidor en función de los medios de que dispone en la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. Por tanto, si comparando la estipulación contractual con la legal que sería aplicable en su defecto (Derecho dispositivo) resulta que esta última prevé un escenario más favorable para el consumidor que aquella, tal cláusula contractual *podrá* provocar una alteración abusiva

²⁰⁷ STJ 15.3.2012, *Pereničová y Perenič*, C-453/10 (en adelante, *St. Pereničová y Perenič*), aptdo. 27; *St. Invitel*, aptdo. 33; *St. RWE Vertrieb*, aptdo. 41.

²⁰⁸ BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F., “Las estipulaciones contractuales predispuestas por el empresario en la relaciones de consumo: las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas”, en BUSTO LAGO, J.M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, p. 185.

²⁰⁹ Según se extrae de la *St. Aziz* (aptdo. 68), que sigue esencialmente a la Abogada General KOKOTT, J., *Conclusiones en el Asunto C-415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*, presentadas el 8.11.2012 (ECLI:EU:C:2012:700), enfoque también presente en *Auto Sebestyén*, aptdo. 27.

²¹⁰ Idea que se reitera en *St. Constructora Principado*, aptdo. 21.

de derechos y deberes contractuales en detrimento del consumidor, y en conjunción con lo anterior también habrá de tenerse en cuenta qué posibilidades deja al consumidor el Derecho nacional –incluido el procesal– para poner remedio a los efectos de la cláusula eventualmente abusiva²¹¹.

Para determinar si existe ese “desequilibrio importante”, no basta –dice el Tribunal de Justicia– con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que la cláusula controvertida pone a cargo del consumidor, por otro. *Un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado* (criterio acogido por el Tribunal Supremo²¹²), en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según tales disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de tales derechos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales²¹³.

Ahora bien, en el análisis antes señalado habrá que considerar si la cláusula produce el efecto desequilibrador *en el conjunto del contrato y del eventual contrato conexo al mismo*, pues dispone el art. 4.1 *in fine* Dir. 93/13, y art. 82.3 *in fine* TRLCU, que el carácter abusivo se apreciará considerando “todas las demás cláusulas del contrato, o

²¹¹ Hay que analizar si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual a favor de quien ejerza la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión (KOKOTI, ptos. 75 y 78).

²¹² STS 12.3.2014, FJ 5º, con expresa cita a la STJ *Constructora Principado*. Al respecto advertía HUALDE MANSO, T. (“Pago de plusvalía en la venta de inmuebles y abusividad”, en AC-M, nº 3/2014, versión electrónica, BIB 2014\1537, p. 2) que el entendimiento mayoritario del concepto de “desequilibrio contractual” era considerado en muchos tribunales desde un punto de vista estrictamente económico, *deformando el espíritu y la finalidad de las normas sobre cláusulas abusivas*, pues el régimen de la abusividad de los pactos con consumidores no se construye sobre la cuantía o el sacrificio económico que implica la imposición de una obligación al consumidor, sino sobre el sacrificio obligacional injustificado e impuesto por la otra parte. Para HUALDE lo que ha de analizarse en la abusividad es la existencia de sobrecargas negociales que tengan su origen en la predisposición de la sobrecarga por parte del profesional.

²¹³ St. *Constructora Principado*, apdos. 22 y 23. Se daba así respuesta a la cuestión prejudicial planteada por AAP Asturias, Secc. 1ª de Oviedo, 7.5.2012, en relación con una cláusula que trasladaba a un comprador de vivienda el pago de la plusvalía, preguntando la AP si el desequilibrio al que se refiere el art. 3.1 Dir. 93/13 debía interpretarse en el sentido de que se produce por el solo hecho de repercutir al consumidor una obligación de pago que corresponde por ley al profesional, o si el hecho de que la Directiva exija que tal desequilibrio sea “importante” requiere además una repercusión económica significativa para el consumidor en relación con el importe total de la operación. El criterio del TJ es, como vemos, que tal cláusula puede suponer ese desequilibrio, a pesar de que el coste del impuesto sea irrelevante en comparación con el precio de la vivienda y, por ende, no suponga una gran incidencia económica para el consumidor. Sobre la repercusión de impuestos al comprador remitimos *infra*, epígrafe 4.3.5.B.

de otro contrato del que éste dependa”. La introducción de este factor de ponderación, así como los restantes del art. 4.1 de la Directiva, obedece a que esta, en su art. 3.1, delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente²¹⁴. Puede darse el caso de que para el consumidor fuera más beneficiosa la aplicación de la disposición legal que operaría en defecto de la concreta cláusula, pero el desequilibrio se pondera en relación con el contenido del resto del contrato, esto es, con el contrato (o contratos conexos) considerado en su totalidad, lo que podría llevar a que la cláusula no fuese declarada abusiva si esa concreta falta de beneficio normativo se viera compensada con otras disposiciones contractuales que supusieran una equivalencia *global* de derechos y obligaciones.

Aquí es de menester recordar, como ha hecho el TS, que no existe en el Derecho comunitario ni en el español norma alguna que refiera el desequilibrio entre derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato; la finalidad de la normativa de consumo impone entender que el equilibrio jurídico es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el profesional haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones, pues el desequilibrio puede manifestarse en la oferta, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos, y por tanto no impide el control del carácter abusivo de las cláusulas el hecho de que se inserten en contratos en que el profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación²¹⁵.

B) Desequilibrio contrario a la buena fe y contextualización. Referencia a las cláusulas sorprendentes

Téngase presente que aun cuando una cláusula contractual deje al consumidor en peor situación que la regulación legal, ello no implica necesariamente una alteración del equilibrio contractual que deba calificarse de abusiva en el sentido del art. 3.1 Dir. 93/13, calificación que solo es posible si dicho desequilibrio se produce contra las exigencias de la buena fe²¹⁶. La presencia de estos elementos (desequilibrio contractual

²¹⁴ St. *Comisión/Suecia*, aptdo. 17; St. *Freiburger Kommunalbauten*, aptdo. 19; St. *Pannon GSM*, aptdo. 37; St. *Aziz*, aptdo. 67; Auto *Sebestyén*, aptdo. 26.

²¹⁵ STS 9.5.13, aptdos. 243, 245 y 246 c).

²¹⁶ De este modo se garantiza el principio de libertad contractual y se reconoce que las partes tienen con frecuencia un interés legítimo en configurar sus relaciones contractuales apartándose de la situación regulada legalmente (KOKOTT, ptos. 72 y 73).

importante y contravención a la buena fe) debe darse de forma cumulativa, pues puede ocurrir que la cláusula produzca dicha alteración pero que esté justificada en razones objetivas relacionadas con el fin perseguido por el contrato o que sea respetuosa con las legítimas expectativas del consumidor en dicho contrato, en cuyo caso no podrá ser considerada abusiva. Lo relevante no es solo la existencia del desequilibrio importante (que puede responder al principio de libertad contractual), sino que el profesional, al predisponer la cláusula, *atienda a su exclusivo beneficio contractual* de forma injustificada; la cuestión es, por tanto, qué criterio debe seguirse para constatar esto último.

Pues bien, *para determinar si una cláusula causa tal desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”* habrá que analizar, según el Tribunal de Justicia, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría la cláusula en el marco de una negociación individual²¹⁷. Esto es, resulta preciso un examen comparativo, en este caso hipotético²¹⁸: hay que confrontar el escenario en que se ha contratado (sin negociación individualizada) y aquel en que podía haberse contratado (con negociación individual del clausulado), y si situándonos en este último, presumiendo un trato leal del profesional, el consumidor previsiblemente no hubiera consentido la cláusula, cabría entender que dicho profesional no ha actuado de buena fe al predisponer e imponer – es decir, en el marco en que efectivamente se ha contratado– la cláusula generadora del constatado desequilibrio, porque razonablemente no podía considerar que en aquel escenario se hubiera aceptado dicha cláusula.

Pero solo mediante una apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato puede determinarse si la alteración que produce la cláusula

²¹⁷ St. Aziz, aptdo. 69, Auto Sebestyén, aptdo. 28. Para una visión crítica de este criterio vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., “La voluntad virtual del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5, 2013, pp. 41-43 (accesible en www.revista.uclm.es).

²¹⁸ Al contrario que el análisis comparativo a realizar para apreciar la existencia del desequilibrio importante (en el sentido del art. 3.1 Dir. 93/13), que es objetivo y fácilmente constatable: comparar la regulación contractual con la legal que sería aplicable en defecto de aquella no entraña excesiva dificultad, y de ello se extrae una realidad, no una hipótesis, porque salvo casos extremos cualquier operador jurídico puede extraer objetivamente (fruto del puro contraste) cuál de las dos regulaciones es más beneficiosa para el consumidor. Aunque la St. Aziz dice basarse, para establecer este criterio de determinación relativo a la buena fe, esencialmente en las conclusiones de KOKOTT (aptdo. 69 cita expresamente el pto. 74 de las conclusiones), lo cierto es que nos parece más acertada, por más precisa, la Abogada General, para quien habrá de considerarse que un desequilibrio es injustificado cuando los derechos y obligaciones del consumidor se recortan hasta tal punto que el predisponente no pueda considerar de buena fe que aquel hubiera dado su consentimiento a las condiciones del contrato en el marco de una negociación individual (KOKOTT, pto. 74).

en los derechos y obligaciones contractuales, con respecto a la regulación legal, causa un importante e injustificado desequilibrio en detrimento del consumidor. En efecto, conforme al art. 4.1 Dir. 93/13 el carácter abusivo se apreciará teniendo en cuenta *la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y todas las circunstancias que concurran en su celebración*²¹⁹; de lo cual resulta, según ha indicado el TJ, que deben apreciarse también las consecuencias que la cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional²²⁰. Más precisa se muestra la Abogada General KOKOTT, para quien en este contexto hay que analizar, entre otras cosas, si la cláusula controvertida es usual, es decir, si se utiliza habitualmente en contratos comparables en el tráfico jurídico o si por el contrario es inusual, así como si tal cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión, siendo por tanto relevante la configuración de las normas legales sobre la previsión contenida en el contrato de que se trate²²¹.

Nos parece interesante la introducción que hace KOKOTT de la “habitualidad” de la cláusula en el juicio de abusividad, porque, en la contextualización a que obliga el art. 4.1 Dir. 93/13 (y art. 82.3 TRLCU), supone considerar el efecto sorpresivo que

²¹⁹ Previsión igualmente contenida en el art. 82.3 TRLCU y que, para BUSTO LAGO y PEÑA LÓPEZ (op. cit., pp. 187 y 188), supone dar entrada a un factor corrector del resultado derivado de la comparación entre el Derecho dispositivo y el clausulado contractual, factor que permite justificar un desequilibrio a causa de la presencia de motivos distintos de la desconsideración del interés del consumidor; v. gr., no es igual un contrato de venta de primera mano que otro cuyo objeto sean bienes de segunda mano, pues el propio Derecho imperativo de la compraventa de bienes de consumo permite diferencias en el plazo de garantía y en la responsabilidad de vendedor, como tampoco es igual que el predisponente sea una empresa monopolista u otra que actúa en régimen competencial, ya que el carácter indiciario de las circunstancias en que se ha predispuesta la cláusula por la primera hace pensar más en posibles abusos.

²²⁰ St. *Freiburger Kommunalbauten*, aptdo. 21; Auto 16.11.2010, *Pohotovostf*, C-76/10 (en adelante, *Auto Pohotovostf*), aptdo. 59; St. *Aziz*, aptdo. 71; St. *Constructora Principado*, aptdo. 24; Auto *Sebestyén*, aptdo 29; St. *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 37; Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aptdo. 43; Auto *Banco Grupo Cajatres*, aptdo. 27. En este sentido, señala el TJ que cuando el juez nacional aplica la normativa interna, está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (SSTJ 10.4.1984, *Von Colson y Kamann*, 14/83, aptdo. 26; 13.11.1990, *Marleasing*, C-106/89 –en adelante, *St. Marleasing*–, aptdo. 8; 16.12.1993, *Wagner Miret*, C-334/92, aptdo. 20 –en adelante, *St. Wagner Miret*–; 25.2.1999, *Carbonari y otros*, C-131/97, aptdo. 48; *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 32; 4.7.2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, aptdo. 111; 5.10.2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, aptdo. 119; 24.1.2012, *Domínguez*, C-282/10, aptdo. 27; 15.1.2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, aptdo. 38; 27.1.2014, *OSA*, C-351/12, aptdo. 44; *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 64; *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 38).

²²¹ KOKOTT, ptos. 75 y 76.

puede tener la cláusula inusual en las legítimas expectativas del consumidor²²². Sin embargo, el TJ no ha acogido expresamente este criterio, quizás debido a que en la Dir. 93/13 no se contempla una prohibición de las cláusulas *sorprendentes*, que sí estaba presente en la Propuesta original de 1990 al prever las legítimas expectativas como uno de los parámetros de control. En efecto, en el art. 2.1 de la Propuesta original de Directiva de 1990 se establecían, de forma alternativa, hasta cuatro elementos configuradores de abusividad de la cláusula, fuera o no objeto de negociación individual: que causara un desequilibrio contractual importante en detrimento del consumidor, o que implicara una ejecución del contrato indebidamente desfavorable para el consumidor, o que fuera incompatible con las exigencias de la buena fe²²³, o que implicara *una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar*. Este último supuesto, que proscribía las cláusulas sorprendentes por abusivas, se contenía con idénticos términos en la Propuesta modificada de 1992 para las cláusulas sin negociación individual (no para las cláusulas negociadas separadamente, que podían controlarse bajo otros supuestos), aunque necesariamente unido al parámetro de buena fe²²⁴.

El tratamiento que se le daba a las cláusulas sorprendentes en los antecedentes de la Dir. 93/13 (supuesto de cláusula abusiva y por tanto nula) difiere del modelo alemán, donde la sanción que reciben las *überraschende Klauseln* es su expulsión del contrato. Así resulta del § 305c Abs. 1 BGB, que tras definir las (refiriéndose a condiciones generales) como aquellas que de acuerdo con las circunstancias y, en particular con la apariencia externa del contrato, son tan inusuales que el adherente no espera encontrarlas, prescribe que no forman parte del contrato. La formulación es idéntica a la del antiguo § 3 AGBG, que fue tomado como referencia en el Proyecto de

²²² Para PERTÍÑEZ, op. cit., 2004, p. 209, la habitualidad de una cláusula será decisiva en la valoración de su carácter sorprendente cuando las legítimas expectativas del consumidor tengan su fuente en la naturaleza o tipicidad del contrato, no así cuando dichas expectativas deriven de las circunstancias del concreto contrato.

²²³ Nótese que inicialmente el parámetro de buena fe no se entendía de forma cumulativa con el de equilibrio contractual para poder entender abusiva la cláusula, pues bastaba con que se contraviniera uno u otro, o alguno de los restantes establecidos en el art. 2.1 de la Propuesta original de Directiva.

²²⁴ En la Propuesta modificada de Directiva de 1992 se produjo un deslinde de los parámetros de control establecidos originalmente en 1990: la buena fe, el equilibrio contractual y las legítimas expectativas servían para medir la abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente, según el art. 3.1 de la Propuesta modificada, fijando de forma cumulativa la *bona fides* a los otros dos, que eran alternativos; mientras que su art. 4.1 recogía el restante supuesto formulado en la Propuesta inicial (la ejecución del contrato indebidamente desfavorable), al que añadía otro de nueva factura (la imposición en virtud del poder económico del profesional o a causa de la debilidad económica o intelectual del consumidor), debiendo darse ambos de forma conjunta para considerar abusiva una cláusula con independencia de que hubiera sido o no objeto de negociación individual.

LCGC de 1997²²⁵ (en adelante, PLCGC), hasta el punto de que según su art. 5 c) no quedaban incorporadas al contrato las condiciones generales que “*de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia*”. Como es sabido dicha previsión fue eliminada durante el trámite parlamentario que alumbró la LCGC²²⁶, de modo que esta no contempla la prohibición de tales cláusulas²²⁷, que curiosamente pretende ser rescatada en la PMCC, al establecer que no quedarán incorporadas las condiciones generales que “*resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado*” [art. 1261.3,1) PMCC].

En los instrumentos europeos, el que la cláusula revista un carácter tan sorprendente que el consumidor no pudiera preverla al contratar, es circunstancia a tener presente para evaluar el carácter abusivo en letra c) *bis* del art. 83.2 CESL, introducida por RPE 2014 (enmienda 156). Por su parte, el FS retoma el tratamiento dado a las cláusulas sorprendentes por los antecedentes de la Dir. 93/13, en el sentido de reputarlas abusivas y no vinculantes [arts. 87 y 77(1) FS], pero diferenciándose de la Propuesta de Directiva de 1990 y modificada de 1992 en dos aspectos: por un lado, el FS no limita la regla al ámbito B2C, sí a la contratación en masa²²⁸; por otro, el art. 87 *in fine* FS prevé una excepción a su consideración de abusividad, cual es la aceptación expresa por el adherente. El FS parece haber tenido en cuenta los PICC, que, a nivel global, proscriben las cláusulas sorprendentes en su art. 2.1.20²²⁹, pero sin tacharlas de

²²⁵ Presentado el 1.9.1997, calificado el 3.9.1997 y publicado en BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 78-1, de 5.9.1997, pp. 1-12.

²²⁶ La supresión del aptdo. c) del art. 5 PLCGC fue debida a la enmienda nº 81, del Grupo Parlamentario Catalán, que justificaba su eliminación con el argumento de que “*la mención del término insólitas y la referencia al carácter razonable de su existencia a la firma del contrato supone introducir una gran inseguridad jurídica que, adicionalmente, no añade un incremento de garantías al consumidor, ya suficientemente protegido por el resto del articulado*” (BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 78-6, de 23.10.1997, p. 41).

²²⁷ A pesar de lo cual algunos autores defienden la existencia de tal prohibición en nuestro ordenamiento, por ejemplo, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 491; BALLESTEROS, op. cit., p. 268; PERTÍÑEZ, op. cit., pp. 214 y 215.

²²⁸ En cambio, los arts. 2.1 y 3.1 de las Propuestas original y modificada de Directiva, respectivamente, solo eran aplicables a los contratos B2C, con independencia de que la cláusula en cuestión fuera o no parte de condiciones generales, es más, como hemos visto, en la Propuesta original era incluso indiferente la existencia o no de negociación individual del clausulado.

²²⁹ De formulación similar al art. 87 FS, ya que lo importante es que se trate de cláusulas estándar, a las que se priva de eficacia si son de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverlas razonablemente, salvo que dicha parte las hubiera aceptado expresamente, según reza el aptdo. 1 del art. 2.1.20 PICC, que en su aptdo. 2 fija los criterios para valorar el carácter sorpresivo de la cláusula, sobre los que nada se dice en art. 87 FS. En el FS *rev.* desapareció la Sección 4 del Capítulo 8, y con ella, el art. 87 FS, quedando en pie las Secciones 2 y 3, que pasaron, con leves modificaciones respecto al FS *rev.*, a la CESL.

abusivas: aquí el contenido solo se tendrá en cuenta para determinar si la cláusula (necesariamente estándar) tiene carácter sorpresivo, y no es el único criterio al respecto, ya que lo inesperado de la estipulación puede resultar también de la terminología empleada para expresarla, que puede ser oscura, o de la manera en que se presenta²³⁰.

La regulación de tales cláusulas en los PICC es la bastante completa, pues suministra criterios valorativos de su carácter sorpresivo y, además, en el Comentario oficial a dicho precepto, se ofrece una ampliación explicativa. Así, respecto a la estipulación sorprendente en virtud de su contenido, ello acontecerá si una persona razonable de la misma condición que el adherente no hubiera podido esperar dicha estipulación dentro del tipo de cláusulas estándar de que se trate, debiéndose tomar en cuenta (en orden a determinar si una cláusula es inusual) por un lado, las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate para ver si la cláusula controvertida es común en dicho ramo, y, por otro, las negociaciones mantenidas por las partes para comprobar si dicha cláusula es coherente con ellas; en cambio, para determinar si la estipulación es sorpresiva por su terminología o presentación debe tomarse en consideración no tanto si una u otra es comúnmente utilizada, sino sobre todo la práctica profesional y experiencia de aquellos que se encuentren en las mismas condiciones que el adherente, pues una misma expresión puede resultar oscura o clara dependiendo de si la parte adherente pertenece a la misma categoría profesional que aquella que utilizó las cláusulas estándar²³¹.

Por lo que respecta al Tribunal Supremo, la buena fe se proyectaría sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido²³². Ha dicho el TS, en cuanto a la exigencia de que el clausulado no cause un desequilibrio contrario a la buena fe, que no resulta económica ni socialmente eficiente

²³⁰ Tipográficamente, por ejemplo con caracteres muy pequeños. En los PICC, como regla general, la parte que acepta las cláusulas estándar de la otra se encuentra obligada por aquellas, independientemente de si realmente conocía su contenido con detalle o entendía todas sus implicaciones, pero una excepción se encuentra en el art. 2.1.20 y consiste en que, no obstante la aceptación de tales cláusulas en su conjunto, el adherente no queda obligado por aquellas cláusulas que por su contenido, terminología o presentación no podían ser razonablemente previstas por dicha parte, siendo el motivo de esta excepción el evitar que quien utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas (*PICC*, “Art. 2.1.20 – Comment”, 2010, p. 68).

²³¹ *PICC*, “Art. 2.1.20 – Comment”, 2010, pp. 68 y 69.

²³² STS 9.5.2013, aptdo. 253. Precisamente esta sentencia pone de manifiesto que, al igual que la Dir. 93/13, la norma española no contiene especiales previsiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que el TS acude a la STJ *Aziz*, donde el Tribunal de Justicia facilita los criterios arriba expuestos (aptos. 252 y 254 STS 9.5.2013).

que el consumidor haya de adoptar sus decisiones mediante un examen minucioso y comparativo entre los diversos condicionados generales de los contratos, pues lo lógico es que su atención se dirija a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le pide por ella, de ahí que las cláusulas que regulan los elementos esenciales deban ser especialmente transparentes; respecto a los elementos secundarios, lo determinante es que el contrato predispuesto respete el equilibrio de derechos y obligaciones que el consumidor tiene derecho legítimamente a esperar, sin necesidad de que este haya de realizar un examen concienzudo y, sobre todo, sin considerar que su decisión vendrá determinada por el contenido de las condiciones que no afectan a los elementos esenciales del contrato²³³. Y en cuanto al momento y circunstancias a considerar en la apreciación de abusividad, el Tribunal Supremo ha señalado que el juez debe valorar todas las concurrentes en la fecha en que se suscribió el contrato, incluyendo la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo, reglas que deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación, donde es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula impugnada al momento de la litispendencia o a aquel posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes²³⁴.

2.4. LÍMITES A LA CONSIDERACIÓN DE ABUSIVIDAD

Hasta ahora hemos visto los *requisitos* que permiten entrar a valorar la eventual abusividad del clausulado (falta de negociación individual y relación B2C), así como, una vez constatado su cumplimiento y siendo por tanto factible la apertura del test de equidad, los *parámetros de control* (buena fe y justo equilibrio contractual) y los *factores* a tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo (naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, circunstancias concurrentes en su celebración y resto del contrato).

Pero existen dos límites legales que, de darse el caso, impedirían siquiera plantearse el examen de abusividad. Uno de estos límites es absoluto: las cláusulas declarativas; otro es relativo: las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato. El primero supone que *nunca* podrán considerarse abusivas las cláusulas que únicamente reflejen disposiciones legales o reglamentarias, porque de hecho tales cláusulas están excluidas del ámbito de aplicación de la Dir. 93/13; el segundo implica que *en principio* no podrá apreciarse abusividad en las cláusulas sobre prestaciones contractuales

²³³ STS 29.4.2015, FJ 9º, pto. 10.

²³⁴ STS 9.5.2013, aptdos. 237 y 238.

principales, pero no debido a que estas cláusulas queden fuera de la Dir. 93/13, sino porque, estando incluidas en su ámbito regulador, quedarán eximidas del juicio de abusividad en tanto que sean transparentes. Tales límites son los previstos en los arts. 1.2 y 4.2 Dir. 93/13: su interpretación y conexión con nuestro Ordenamiento serán objeto de análisis a continuación, teniendo en cuenta su plasmación en el moderno Derecho contractual europeo.

2.4.1. Cláusulas declarativas

Dispone el art. 1.2 de la Dir. 93/13 que no están sometidas a esta *las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte*. La transposición de esta norma se hizo en la LCGC, concretamente en su art. 4.II, al establecer que será inaplicable a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.

La exclusión de las cláusulas declarativas no se encuentra en el TRLCU, pero debe entenderse también referida al mismo según la EM de la LCGC²³⁵, vinculación para la que dice tomar como criterio el Considerando décimo de la Dir. 93/13, si bien es cierto que tal considerando se refiere a otros supuestos de exclusión, cuales son los contratos de trabajo, sucesorios, familiares y constitutivos de sociedades²³⁶, que no se explicitan en su articulado porque ya de partida no cumplen el requisito de ser

²³⁵ Precisión apuntada, respecto a la LCU, por PAGADOR, op. cit., p. 244.

²³⁶ Dice la EM (I, 2º pfo. *in fine*) de la LCGC que “conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no solo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984” (hoy TRLCU), previa afirmación de que están excluidos tanto los contratos relacionados en el pfo. 1º del art. 4 LCGC como las cláusulas declarativas de su pfo. 2º. Pues bien, el 10º Considerando de la Dir. 93/13 se refiere a tales contratos, pero no a dichas cláusulas (sobre ellas repara el 13º Considerando), y lo hace sin ánimo exhaustivo tras afirmar que las normas de la Directiva “deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor”, lo que según la EM implica entender operativas en el TRLCU las exclusiones *ex art. 4 LCGC*. Esta proclamada operatividad tendría sentido respecto a las cláusulas declarativas, porque pueden contenerse en todo tipo de contratos, incluidos los B2C, pero sería ociosa en contratos ajenos a dicho ámbito, como son los relacionados en el 10º Considerando de la Dir. 93/13 (sus normas son aplicables a todos los contratos B2C, “por consiguiente quedan excluidos de la presente Directiva, en particular, los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades”), porque el TRLCU solo es aplicable a contratos B2C.

contratos B2C²³⁷, razón por la cual tampoco estarán sometidos al TRLCU. Sí los recoge, añadiendo los contratos administrativos, el art. 4.I LCGC, como tipos excluidos de su aplicación²³⁸. Los PECL no prevén una regla de exclusión de concretos contratos de su ámbito, de hecho, podrán aplicarse incluso a los administrativos²³⁹; los ACQP excluyen de su ámbito de aplicación ciertas áreas, concretamente Derecho laboral, societario, familiar o sucesorio [art. 1:101(3)]²⁴⁰; por su parte, el DCFR dispone que sus reglas no están destinadas a ser utilizadas, o utilizadas sin modificación o suplemento, en relación con los derechos y obligaciones que sean de índole de Derecho público o, salvo disposición en contrario, en relación con una lista de materias [art. I.-1:101(2)] que no está prevista para funcionar como una exclusión absoluta²⁴¹.

En concordancia con la Dir. 93/13, los ACQP excluyen del juicio de abusividad las cláusulas basadas en disposiciones legales o convenios internacionales de los que son parte los Estados miembros o la Unión Europea [art. 6:303(1)], lo que igualmente hace el DCFR añadiendo las *cláusulas basadas en sus propias reglas* [art. II.-9:406(1)]. Este último criterio es recogido en la CESL, al establecer que las secciones referentes a las cláusulas abusivas en contratos B2C y B2B (secciones 2 y 3 del capítulo 8, respectivamente) son inaplicables a las cláusulas que se refieran a disposiciones de la

²³⁷ Téngase presente, no obstante, que el Parlamento, en su Dictamen de 20.11.1991 (primera lectura) sobre la Propuesta original de Directiva de 1990, planteó la introducción de un art. 1 *bis* que establecía en su aptdo. 2 la inaplicación de aquella en los ámbitos de Derecho laboral, sucesiones, familia y sociedades [vid. PARLAMENTO EUROPEO, “Resolución legislativa (Procedimiento de cooperación: primera lectura) que contiene el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, 20.11.1991, en DO C 326, de 16.12.1991, pp. 108-117, concretamente p. 111, enmienda nº 9], regla que pasó con leve variación formal a la Propuesta modificada de 1992 (art. 1.2), desapareciendo del articulado definitivo de la Dir. 93/13.

²³⁸ Sobre el fundamento de la exclusión legal de los contratos relacionados en el art. 4.I LCGC, vid. *in extenso* OLEO BANET, F., “Art. 4”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 236-238, 241-243, 245, 247-251.

²³⁹ *Principios, Partes I y II*, “Art. 4:110 – Comentario”, p. 389 (p. 270 en LANDO/BEALE, op. cit.).

²⁴⁰ La razón de tal exclusión es que no es posible importar todos los ACQP a estas áreas específicas sin tener en cuenta las peculiaridades de cada uno de estos sectores, incluidas las tradiciones culturales de los Estados miembros que están más estrechamente relacionadas con estos campos; no obstante, se advierte que la exclusión del Derecho societario se refiere a la constitución y organización de las sociedades, no a los acuerdos entre accionistas que solo crean obligaciones entre determinados accionistas, de modo que los arts. 6:101-6:306 ACQP son aplicables si tal acuerdo no se negocia individualmente (SCHULTE-NÖLKE, H./BUSCH, CH., “Art. 1:101”, en ACQUIS GROUP, op. cit., 2007, pp. 21 y 22, 2009, pp. 53 y 54).

²⁴¹ De hecho algunas de las materias contenidas en el art. I.-1:101(2) DCFR se tratan incidentalmente en las siguientes reglas, de modo que la lista es solo indicativa y únicamente sirve como una advertencia de que las disposiciones del DCFR se han elaborado sin tener presente las materias enumeradas en tal lista (DCFR, *Outline Edition*, “Art. I.-1:101”, p. 132).

propia CESL que serían aplicables si las cláusulas no regularan la materia (art. 80.1)²⁴². Por su parte, el FS simplifica la formulación de la exclusión de las cláusulas declarativas estableciendo que no se someterán al test de abusividad las cláusulas que reflejen disposiciones legales que serían aplicables si aquellas no regularan la materia de que se trate [art. 78(1)].

Téngase presente que el fundamento de la exclusión de las cláusulas declarativas *ex art. 1.2 Dir. 93/13* se basa en una *presunción*, recogida en el Considerando decimotercero, cual es que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros no contienen cláusulas abusivas, y por tanto, debido a esa presunción de equidad, no parece necesario controlar las cláusulas que reproduzcan dichas disposiciones²⁴³. Su antecedente directo es el antiguo § 8 AGBG [actual § 307(3) BGB], que circunscribía el control de contenido a las disposiciones incluidas en condiciones generales mediante las cuales se pactaran reglas que se apartasen de disposiciones legales o reglamentarias o que las complementasen. La Propuesta original de Directiva de 1990 no preveía aquella exclusión, aspecto que fue incorporado al debate por primera vez con el Dictamen del CESE²⁴⁴, seguido del Dictamen del Parlamento emitido en primera lectura, donde se sugirió introducir un art. 1 *bis*, cuyo aptdo. 3 limitaba la aplicación de la Directiva a las condiciones generales que establecieran regulaciones que se apartasen de las disposiciones legales o reglamentarias o que las completasen²⁴⁵, tomando así claramente como modelo el § 8 AGBG. Sin embargo, esta exclusión no fue introducida por la Comisión al presentar la Propuesta modificada de 5.3.1992, sino por el Consejo al adoptar la Posición común de

²⁴² La exclusión al control de abusividad prevista en el art. 80.1 CESL se refiere únicamente a las cláusulas declarativas de las propias disposiciones de la normativa común de compraventa europea, siguiendo así al art. 81.1 *FS rev.*, que circunscribe la exclusión a las cláusulas que reflejen reglas del propio instrumento.

²⁴³ Según el Considerando 13º “*se supone* que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte”. Por su parte, nuestro TS ha declarado que la finalidad de la exclusión recogida en el art. 4.II LCGC es “respetar la legislación en sectores específicos, como los de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y otras entidades financieras” (STS 2.3.2011, FJ 3º).

²⁴⁴ Se criticó que la Propuesta no dijese nada sobre la relación con las legislaciones nacionales actuales y futuras en lo que se refiere a las cláusulas contractuales abusivas, así como la falta de referencia a la relación con otras normas comunitarias e instrumentos legislativos internacionales: vid. CESE, “Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, 24.4.1991, en *DO C* 159, de 17.6.1991, pp. 34-37, concretamente aptdos. 2.6 y 2.7 en p. 37.

²⁴⁵ Vid. PARLAMENTO EUROPEO, Dictamen de 20.11.1991, citado *supra* en n. 237.

22.9.1992²⁴⁶, teniendo en cuenta los dictámenes del CESE y del Parlamento, y así pasó al vigente art. 1.2 Dir. 93/13, cuya dicción literal hace pensar que la exclusión solo es predicable de las cláusulas que reflejen disposiciones *imperativas*, cuestión que no se plantea en ACQP y DCFR, ya que al emplear una expresión más amplia se entienden incluidas tanto normas imperativas como dispositivas, siendo lo fundamental para que opere la exclusión que la cláusula refleje de forma idéntica tales normas²⁴⁷.

Pero si se atiende a una interpretación histórica de la Dir. 93/13, conforme a los antecedentes expuestos, resulta claro que no se quiso diferenciar entre Derecho imperativo y dispositivo; que el punto de vista dominante en las deliberaciones fue la relación entre las cláusulas recogidas en las condiciones generales y el Derecho existente, ya fuera nacional o supranacional, y que las condiciones generales solo debían someterse a examen en la medida en que se apartasen del Derecho vigente²⁴⁸. A ello hay que añadir, en favor de que el concepto de “disposición legal o reglamentaria imperativa” *ex* art. 1.2 Dir. 93/13 comprende tanto el Derecho imperativo como el dispositivo, que el Considerando decimotercero *in fine* señala que dicha expresión “*incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo*”²⁴⁹; argumento utilizado por el propio Tribunal de Justicia²⁵⁰. Precisamente por sostener que el art. 4.II LCGC debe ser interpretado

²⁴⁶ “Posición Común del Consejo de 22 de septiembre de 1992 con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, Doc. 8406/1/92, anuncio en DO C 283, de 31.10.1992, p. 1.

²⁴⁷ Frente a la expresión utilizada por el art. 1.2 Dir. 93/13 (“disposiciones legales o reglamentarias imperativas”), el art. 6:303(1) ACQP habla de “disposiciones legales” y el art. II.-9:406(1)(a) DCFR de “disposiciones del derecho aplicable”. En los Comentarios de estos preceptos se señala que, efectivamente, no es necesario, a efectos de que opere la exclusión, que se trate de una regla o disposición imperativa, siendo suficiente que la cláusula refleje una disposición legal idéntica, de hecho, se entienden incluidas normas de *common law*, derecho consuetudinario y jurisprudencia; y en cuanto a los convenios internacionales, no es necesario que todos los Estados miembros sean parte, sino que es suficiente que el convenio sea aplicable porque uno o más Estados sean parte del mismo (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:303”, 2007, pp. 241 y 242, 2009, pp. 326 y 327; DCFR, *Full Edition*, “Art. II.-9:406”, p. 647).

²⁴⁸ TRSTENJAK, op. cit., 2012, pto. 43; PFEIFFER, “Kommentierung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, en GRABITZ, E./HILF, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, vol. IV, Munich, 2009, T. A 5, Art. 1, IV, aptdo. n° 25.

²⁴⁹ Aunque esta precisión no se encuentra en el articulado de la Dir. 93/13 sino en sus considerandos, estos son parte integrante del documento legislativo, conforme al art. 296 TFUE, y por tanto, una interpretación correcta de sus normas exige atender a los considerandos [KÖNDGEN, J., “§ 7 Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts in Riesenhuber”, en RIESENHUBER, K. (ed.), *Europäische Methodenlehre*, Berlín, 2010, pp. 189-223, concretamente, aptdos. 39 y 42]; esto es, si en un Considerando se explica cómo debe entenderse un determinado concepto utilizado en la Directiva, esto es indicio de que dicha interpretación también ha de ser vinculante para el texto mismo de la Directiva (TRSTENJAK, op. cit., 2012, pto. 39).

²⁵⁰ En la STJ 30.4.2014, *Barclays Bank*, C-280/13, aptdo. 42, se indica que “las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas (...) se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hayan

conforme a la Directiva –articulado y considerandos–, la doctrina defiende que, aunque tal precepto parece restringir la exclusión a las condiciones generales que contengan disposiciones imperativas (“*que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*”, art. 4.II *in fine*), también han de entenderse excluidas de su ámbito las condiciones generales que reproduzcan normas dispositivas²⁵¹.

Como señalara la Comisión en su ya citado *Informe de 27.4.2000*, tras advertir que en los Estados miembros que no incorporaron la limitación del art. 1.2 Dir. 93/13 no se han planteado problemas de interpretación, la expresión “imperativas” no refleja la distinción que habitualmente se establece en Derecho civil entre disposiciones vinculantes y no vinculantes²⁵², pues según el Considerando decimotercero se sustraen al análisis de la Directiva las cláusulas que se limitan a reproducir el Derecho vigente, ya sean normas imperativas o dispositivas, y ello porque estaba previsto que dicha excepción se aplicase a los contratos normalizados cuyo contenido ya hubiera sido regulado por el legislador mediante disposiciones nacionales de modo que, al hacerlo, ya hubiese ponderado *ope legis* de forma equilibrada los intereses legítimos de las partes contratantes; por tanto, se presumía que las cláusulas que en un Estado miembro hubiesen contado con la aprobación del legislador nacional eran suficientemente equilibradas y no se basaban en un abuso de la superioridad económica de los profesionales²⁵³, presunción que justifica la exclusión *a condición de que los Estados miembros velen por que en sus disposiciones nacionales no figuren cláusulas*

pactado otra cosa [ergo normas legales dispositivas]. Por consiguiente, de conformidad con el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, tales disposiciones se rigen por el artículo 1, apartado 2 (...). Así pues, la propia Directiva no resultaría aplicable” (cursiva y corchetes –y su contenido– nuestros). No obstante, la ya citada St. *Kušionová* “parece” restringir (aptdos. 78-80) la exclusión al Derecho imperativo, haciendo una interpretación *en su caso* errónea de la St. *RWE Vertrieb*, pues de esta no se extrae, en general, tal restricción, ni mucho menos, en particular, de su aptdo. 26 (que cita la St. *Kušionová*, aptdo. 79), pues ahí recuerda que, según el Considerando 13º, la exclusión del art. 1.2 se refiere a las cláusulas que reflejan disposiciones nacionales aplicables tanto imperativamente como “por defecto”.

²⁵¹ PAGADOR, op. cit., 1999, p. 245; ALFARO, op. cit., 2002, pp. 107 y 108; OLEO BANET, op. cit., 2002, p. 263.

²⁵² La distinción entre normas imperativas y dispositivas tiene mucho arraigo en el *Civil Law* (en Francia, las primeras se denominan *lois de police o règles d'ordre public* o, dependiendo de sus efectos, *règles de droit impératives*, y las segundas *règles de droit supplétives*; en Alemania, las imperativas se denominan *zwingende Rechtsvorschriften*, y las dispositivas *abdingbare Rechtsvorschriften*), no así en el *Common Law*, donde tal distinción no era formalmente conocida o, al menos, no tenía denominación específica, no obstante lo cual se ha ido admitiendo progresivamente, como puede verse en la UCTA británica (*Principios, Partes I y II*, “Art. 1:103 – Comentario”, pp. 130 y 131).

²⁵³ TRSTENJAK, op. cit., 2012, pto. 47; el TJ ha señalado que la exclusión del art. 1.2 se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos (St. *RWE Vertrieb*, ya citada, aptdo. 28).

*abusivas*²⁵⁴, en particular debido a que la Dir. 93/13 “se aplicará también a las actividades profesionales de carácter público”, según reza su Considerando decimocuarto.

Con todo, si debe entenderse que la excepción del art. 1.2 Dir. 93/13 incluye tanto el Derecho imperativo como el dispositivo, sería aconsejable que los Estados que sí han incorporado dicha excepción dejaran claro dicho extremo. Esto mismo es lo que se hizo en Reino Unido aprovechando la reforma de su legislación de consumo. En efecto, partiendo de la base de que la UTCCR contenía lo dispuesto en dicho precepto y, por tanto, la misma no era aplicable a las cláusulas contractuales que reflejasen “*mandatory statutory or regulatory provisions*” [Reg. 4(2)(a) UTCCR], LC/SLC recomendaron en su informe de 2005, *Unfair Terms in Contracts*, que dichas cláusulas – sobre disposiciones legales o reglamentarias *imperativas*– siguieran estando exentas bajo la nueva legislación, y que aquellas que produjeran sustancialmente el mismo resultado que se produciría con arreglo a la ley si no se hubieran incluido –esto es, las referidas a normas *dispositivas*– también deberían quedar exentas de revisión *pero solo si fueran transparentes*²⁵⁵, lo cual tuvo su reflejo en S. 4(4) UCTB, trayendo así la excepción que no estaba explícita en UTCCR ni en el articulado de la Dir. 93/13 pero que se ve claramente en el inciso final de su Considerando decimotercero²⁵⁶, eso sí, añadiéndole el requisito de la transparencia²⁵⁷. Posteriormente, en su *Advice to BIS* de 2013, LC/SLC suavizaron su postura, recomendando esta vez que la limitación *ex Reg. 4(2) UTCCR* adicionara en la nueva legislación las palabras del Considerando decimotercero *in fine* de la Directiva, esto es, que la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” incluye las normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes cuando no exista otro acuerdo²⁵⁸; recomendación con la que el Gobierno británico estuvo de acuerdo²⁵⁹, y de hecho así se recogió primero en el *Draft Consumer Rights Bill* [S. 76(2)] y finalmente en la *Consumer Rights Act 2015* [S. 73(2)].

De lo expuesto hasta ahora cabe plantear dos cuestiones: en primer lugar, si existe alguna posibilidad de controlar las cláusulas declarativas sin desvirtuar el límite

²⁵⁴ Importante matiz apuntado por la Comisión sobre la base del Considerando decimocuarto de la Dir. 93/13; vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, III.1 b), p. 15.

²⁵⁵ THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION, op. cit., 2005, p. 37, aptdo. 3.72.

²⁵⁶ *Ib.*, p. 147, nota 17.

²⁵⁷ Esto suponía que si la cláusula que reflejara el Derecho *dispositivo* no fuera transparente, en el sentido previsto en S. 14(3) UCTB –vid. *supra* n. 126–, sí quedaría sujeta al *fair and reasonable test* de UCTB.

²⁵⁸ THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION, op. cit., 2013, *Recommendation 27* en p. 93.

²⁵⁹ Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Consumer Rights Bill: Table of responses to consultations*, 2013, p. 64, respuesta a *Recommendation 27*.

previsto en el art. 1.2 Dir. 93/13, esto es, si cabe introducir matices a dicha exclusión más allá de la, ya vista, aparente restricción a las disposiciones imperativas. En segundo lugar, cómo conciliar tal limitación con la prestación de servicios públicos, en la medida en que, aun estando incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, se efectúe en un marco reglamentario. De ambas cuestiones nos ocuparemos seguidamente.

A) Matices a la exclusión

En abstracto, carecería de sentido someter a control de contenido una cláusula que únicamente reprodujera una disposición legal, porque aunque fuera abusiva resultaría en todo caso aplicable, ya sea debido a que la norma reproducida tuviera carácter imperativo, en cuyo caso operaría siempre, ya se debiese a que, siendo de naturaleza dispositiva, su contenido siguiera rigiendo aunque se eliminase la cláusula, porque en tal caso la norma sería aplicable en ausencia de estipulación de las partes.

No obstante, si atendemos a los objetivos de la Dir. 93/13²⁶⁰ es obvio que un razonamiento puramente lógico como el antedicho no serviría para justificar la exclusión de las cláusulas declarativas del ámbito de la Directiva, dado que el límite del art. 1.2 sin tamizar podría dar lugar a resultados indeseados, como sería la imposibilidad de atacar una cláusula que fuera injusta para el consumidor.

En los *Workshops* de la citada conferencia *The Directive on “Unfair Terms”, five years later – Evaluation and future perspectives*, se expuso una línea de razonamiento para someter las “disposiciones legales o reglamentarias” al escrutinio de la Dir. 93/13: si la exclusión del art. 1.2 se justifica, según el decimotercer Considerando, por la presunción de que las regulaciones de los Estados miembros son equitativas, cabría sostener que tal precepto es inaplicable cuando la cláusula declarativa fuera claramente injusta, de manera que se sometería a control aun cuando reflejara una disposición nacional²⁶¹; o bien, si se entendiera que dicha presunción es inatacable, la Comisión

²⁶⁰ En particular, posibilitar la progresiva creación de un mercado interior, haciendo que los consumidores, en la adquisición transfronteriza de bienes y servicios, no teman ser perjudicados por la introducción de cláusulas abusivas en las condiciones generales (VIGNERON-MAGGIO-APRILE, S., *L’information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Zurich, 2006, pp. 11 y 15).

²⁶¹ Vid. HALL, H., “The Application of the Directive to the Public Services”, en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 2, Bruselas, 1999 (accesible en <http://ec.europa.eu>), p. 116. La propuesta de someter a control las cláusulas declarativas mediante una combinación interpretativa del art. 1.2 y Considerando decimotercero de la Dir. 93/13 tendría sentido en la medida en que la presunción de equidad (o, como la denomina PFEIFFER, op. ult. cit., aptdo. nº 30, “presunción de adecuación”) no debe amparar una desprotección del consumidor cuando el abuso es manifiesto, máxime si el Estado autor de la

debería controlar directamente la equidad de las disposiciones legales de los Estados miembros y, en su caso, llevarlos ante el Tribunal de Justicia²⁶².

Pero si el art. 1.2 Dir. 93/13 debe interpretarse restrictivamente, como excepción que es²⁶³, sería complicado defender *ex ante* la falta de equidad de la norma reproducida como presupuesto de su sometimiento a la Directiva, ya que ello implicaría realizar un pre-juicio de abusividad para llegar al test del art. 3. Como sabemos, no existe una presunción de abusividad en la Dir. 93/13, sino una presunción de imposición (por predisposición) que permite abrir el juicio de equidad, no su consideración como directamente abusiva; es más, la Directiva expone cómo evaluar lo abusivo, no lo que en realidad es abusivo, de ahí que sería difícil demostrar *a priori* que la disposición legal reproducida viola la Directiva salvo que existiese una lista negra, de la que carece aquella.

Ahora bien, si se impone una interpretación restrictiva, cabría sostener, al menos, que el fundamento de la exclusión del art. 1.2 Dir. 93/13 quiebra cuando se predisponen cláusulas que, si bien en abstracto se corresponden con disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros, no están concebidas en concreto para el contrato que se va a celebrar. Para que opere dicha exclusión no sería suficiente con que una cláusula aislada se remita a una disposición legal o reglamentaria que haya sido adoptada para un tipo de contrato totalmente diferente, ya que, en un caso así, no cabe considerar que la valoración general realizada por el legislador para un determinado tipo de contrato sea válida también para otros contratos no contemplados por la disposición²⁶⁴. En este sentido, el TJ ha declarado que la eventual voluntad de las partes de extender la aplicación de un régimen normativo a un contrato diferente no

norma reproducida no ha velado por evitar su existencia, tal como exige el Considerando decimocuarto; cuestión distinta es la viabilidad de demostrar la violación de la Directiva como paso previo a sujetar la cláusula declarativa a su control, lo cual se antoja complicado, como explicamos a continuación.

²⁶² Por el procedimiento previsto en el art. 169 TCEE (HALL, op. cit., p. 117), hoy art. 258 TFUE. Téngase en cuenta que el Parlamento, en su Dictamen de 20.11.1991, planteó introducir un art. 4 *bis* en el texto original de Directiva de 1990, precepto que, aunque finalmente no cristalizó, contemplaba la institución de un *ombudsman* comunitario encargado de vigilar su aplicación por parte de los Estados miembros, y facultado para pedir a la Comisión, de ser preciso, que aplicara a los Estados incumplidores el procedimiento previsto en el entonces art. 169 TCEE [vid. PARLAMENTO EUROPEO, Dictamen de 20.11.1991 (citado *supra* en n. 237), p. 113, enmienda n.º 49]; la Comisión descartó esta idea en la Propuesta modificada de 1992 por considerar que en ese momento no era conveniente crear nuevas estructuras administrativas en el ámbito de las cláusulas abusivas (COMISIÓN EUROPEA, Informe de 27.4.2000, pp. 27 y 28).

²⁶³ WOLF, M., "Grundzüge", en GRABITZ, E./HILE, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, vol. IV, Munich, 2009, T. A 1, aptdo. n.º 2.

²⁶⁴ KAPNOPOULOU, E.N., *Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union*, Tubinga, 1997, p. 97.

puede asimilarse al establecimiento por el legislador nacional de un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, y por tanto, permitir que se excluya la aplicación de la Dir. 93/13 a cláusulas contractuales por el mero hecho de que estas reproducen disposiciones legales o reglamentarias nacionales que no son aplicables al contrato celebrado por las partes, o se refieren a tales disposiciones, pondría en tela de juicio el régimen de protección de los consumidores instaurado por dicha Directiva²⁶⁵.

Téngase en cuenta que el objetivo de las condiciones generales es eludir las soluciones jurídicas previstas por el legislador (que se presumen equilibradas), reemplazándolas por otras concebidas de manera unilateral en beneficio de los intereses particulares de una de las partes²⁶⁶. Si un profesional utiliza en sus condiciones generales cláusulas que contienen consecuencias jurídicas que *de lege lata* no son aplicables al contrato celebrado, dichas cláusulas se apartan entonces del Derecho vigente y por tanto han de examinarse a la luz de la Dir. 93/13; en consecuencia, el hecho de no examinar tales cláusulas solo estará justificado en caso de que un Estado miembro adopte disposiciones legales o reglamentarias para un determinado tipo de contrato, ya que solo entonces cabrá considerar que se ha realizado la necesaria valoración general por parte de ese Estado miembro durante el procedimiento legislativo, a efectos de lo cual resulta irrelevante que dichas disposiciones sean de carácter imperativo o dispositivo²⁶⁷.

En resumen, no cabe afirmar que un legislador nacional haya realizado una ponderación equilibrada de intereses de las partes contratantes en el marco de la normativa nacional cuando no existe ninguna previsión legal de ese tipo para el contrato en cuestión o para la situación por él reglada; consecuentemente, la exclusión del art. 1.2 Dir. 93/13 ha de ser matizada en el sentido de que solo operará, y por tanto dejará de aplicarse la Directiva, cuando la disposición legal o reglamentaria, reflejada por la cláusula de que se trate, haya sido concebida por el legislador específicamente para el contrato en que conste dicha cláusula, pues cualquier otra valoración jurídica daría lugar a que el predisponente pudiera remitirse a cualquier disposición legal o reglamentaria, incluso de otro Estado miembro, o reproducir su tenor literal sin cambios para sustraer las cláusulas declarativas al control judicial²⁶⁸, eludiendo así fácilmente el test del carácter abusivo, cuando lo cierto es que el conjunto de derechos

²⁶⁵ St. *RWE Vertrieb*, ya citada, apdos. 29 y 30.

²⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, III, introducción, p. 13; REMY-CORLAY, P., "L'influence du droit communautaire sur l'office du juge", en *RTDciv.*, 4/2009, p. 684.

²⁶⁷ TRSTENJAK, op. cit., 2012, pto. 49.

²⁶⁸ TRSTENJAK, op. cit., 2012, ptos. 48, 41 y 51.

y obligaciones que crea el contrato así redactado no tiene por qué corresponder necesariamente con el equilibrio que el legislador nacional ha pretendido establecer en los contratos regulados por su normativa en la materia²⁶⁹.

B) Servicios públicos

Para la Dir. 93/13 es profesional toda persona física o jurídica que, en los transacciones reguladas por aquella, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada (art. 2 c.)²⁷⁰. Además, como hemos visto, la Directiva se aplica no solo a las actividades profesionales privadas sino también a las de carácter público (Considerando decimocuarto)²⁷¹. De lo expuesto se deduce que profesional puede ser una persona jurídica pública, lo cual es igualmente predicable respecto de la LCGC y TRLCU (arts. 2.2 y 4, respectivamente²⁷²), y que la Directiva también se aplicará a los servicios públicos.

Al referirse a la “naturaleza pública” del profesional, la Directiva utiliza la fórmula más amplia posible, evitando así la ambigüedad terminológica y confusión semántica que conllevaría la utilización de términos como “servicios públicos” o

²⁶⁹ St. *RWE Vertrieb*, aptdo. 31. Precisamente a tal situación indeseable se llegaría de hacer una lectura del art. 1.2 Dir. 93/13 sin matizar, porque en él no se hace expresa mención a la necesidad de que la norma reproducida esté específicamente prevista para el concreto contrato celebrado (el precepto requiere que la cláusula reproduzca disposiciones legales o reglamentarias, sin más, para excluirla de control), de ahí que pueda surgir la duda de si la Directiva rige cuando, en un contrato B2C, se acuerda, en virtud de una cláusula no negociada individualmente, la aplicación de una disposición legal o reglamentaria que, si bien no está prevista para las partes ni para el contrato celebrado entre ellas, es incorporada sin cambios por quien redacta las cláusulas; duda resuelta por la St. *RWE Vertrieb*, declarando (aptdo. 39) que el art. 1.2 Dir. 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la Directiva sí se aplica a las cláusulas de las condiciones generales incluidas en contratos B2C que reproducen una disposición de Derecho nacional aplicable a otra categoría de contrato y que no están sujetas a la normativa nacional de que se trate.

²⁷⁰ La versión española de la Dir. 93/13 difiere terminológicamente de la original inglesa en cuanto al art. 2 c), pues se ha traducido “seller or supplier” como “profesional” y mientras la original habla de “contratos cubiertos por la Directiva” (*contracts covered by this Directive*), la española se refiere a “transacciones”, como si se pretendiera dar una idea más amplia de las relaciones B2C.

²⁷¹ Tras sentar el Considerando 13º la presunción de que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan las cláusulas de los contratos con los consumidores no contienen cláusulas abusivas, el Considerando 14º puntualiza que, sin embargo, los Estados deben velar por que en dichas disposiciones nacionales no figuren dichas cláusulas abusivas, en particular debido a que la Directiva se aplicará también a “las actividades profesionales de carácter público”, o como dice la versión original inglesa, “*trades, business or professions of a public nature*”, en concordancia con la definición de “seller or supplier” del art. 2 c. Dir. 93/13 (“acting for purposes relating to his trade, business or profession”).

²⁷² Ambos preceptos emplean la misma definición de profesional (LCGC) o empresario (TRLCU): *toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada*.

“servicios de interés general”. En efecto, como ya apuntara la Comisión²⁷³, “servicio público” es un término ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión: con él se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio. Por otra parte, la expresión “servicios de interés económico general”, utilizada en varias disposiciones comunitarias²⁷⁴, se refiere a los servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Unión imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio general, entrando por tanto dentro de tal concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, servicios postales, energía y comunicaciones²⁷⁵, aunque abarcando igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público. Por último, la expresión “servicios de interés general”, derivada de la anterior aunque más amplia, abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sujetos a obligaciones específicas de servicio público.

²⁷³ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, COM (2004) 374 final, 12.5.2004, concretamente p. 24, Anexo 1, que recoge la definición de términos, sobre la base de las definiciones utilizadas en su *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, COM (2003) 270 final, 21.5.2003.

²⁷⁴ Concretamente, art. 14 TFUE (antiguo art. 16 TCE), que confía a la Unión y a los Estados miembros la tarea de velar por que sus políticas permitan a los servicios de interés económico general cumplir su cometido; art. 106.2 TFUE (antiguo art. 86.2 TCE), que reconoce implícitamente a los Estados miembros el derecho de imponer obligaciones específicas de servicio público a los agentes económicos, estableciendo un principio fundamental que garantiza el suministro y el desarrollo de servicios de interés económico general en el mercado interior (los proveedores de servicios de interés general estarán exentos de la aplicación de las normas del Tratado únicamente cuando sea estrictamente necesario para permitirles cumplir su cometido de interés general, por tanto, en caso de conflicto, el cumplimiento de un cometido de servicio público puede prevalecer sobre la aplicación de las normas comunitarias, incluidas las relativas al mercado interior y competencia); y art. 36 CDFUE, que proclama el reconocimiento y respeto de la Unión al acceso de los servicios de interés económico general para promover su cohesión social y territorial.

²⁷⁵ En efecto, la regulación de los servicios de interés económico general ha generado un complejo sistema normativo a nivel comunitario, que se ha llevado a cabo con carácter sectorial y que ha dado lugar a la liberalización de sectores enteros de actividad, como los citados *supra*. La Comisión ha evaluado estos procesos de liberalización en varias ocasiones; así, en sus Comunicaciones de 1996 y 2000 sobre “Los servicios de interés general en Europa” (en *DO C* 281, de 26.9.1996, pp. 3-12, y *DO C* 17, de 19.1.2001, pp. 4-23, respectivamente), en su *Informe al Consejo Europeo de Laeken – Los servicios de interés general* [COM (2001) 598 final, 17.10.2001], y en los ya citados (vid. *supra* n. 273) Libros Verde y Blanco sobre los servicios de interés general, y aunque en todos ellos se aporta una visión horizontal de los servicios de interés general en Europa, lo cierto es que esta visión no ha pasado al plano normativo, que, a excepción de la Dir. 2006/123/CE, sigue ocupándose de regulaciones sectoriales (VILLAREJO GALANDE, H./SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., “El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios”, en *ICCAA* 2008, p. 88, n. 31).

Los servicios de interés general constituyen un sector extremadamente complejo a causa de la necesidad intrínseca de reglamentación. La liberalización y la privatización de estos servicios han modificado profundamente el marco reglamentario de los servicios públicos. A este respecto, un estudio realizado para la Comisión en 1997²⁷⁶ demostró que numerosos contratos de servicios públicos privatizados no solo presentaban cláusulas abusivas importantes, sino también una notable ausencia de transparencia. Además, se ha podido constatar que subsisten en los Estados miembros serios obstáculos al control de los contratos de servicios públicos y que los Tribunales nacionales se muestran reticentes a la hora de apreciar el posible carácter abusivo de condiciones relativas a servicios públicos debido a que *estos no se regulan por contrato, sino dentro de un marco reglamentario*; de esta forma, sectores enteros escapan, en la práctica, a todo tipo de control en materia de cláusulas abusivas²⁷⁷.

Dos parecen ser los principales problemas en orden a controlar la prestación de servicios públicos bajo la Dir. 93/13: por un lado, esta se aplica a las relaciones de carácter contractual²⁷⁸; por otro, la exclusión del art. 1.2 de la Directiva.

En efecto, existe incertidumbre en cuanto a lo que constituye una disposición “contractual” de un servicio, dado que no hay actualmente un entendimiento común a nivel europeo sobre qué es un “contrato”²⁷⁹; no obstante, sí es una visión común que la prestación de un servicio público no debe excluirse de la Directiva por el simple hecho de que en un determinado Estado miembro la relación con el cliente no se rija por contrato sino por reglamento. Apoya esta interpretación la declaración emitida por la Comisión con ocasión de la adopción de la posición común sobre la entonces Propuesta

²⁷⁶ Vid. HALL, H./TIXADOR, C. (eds.), *Application de la Directive 93/13 aux prestations de service public – Rapport de synthèse*, Paris, 1997 (disponible en <http://ec.europa.eu>).

²⁷⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, p. 29.

²⁷⁸ Dispone el art. 1.1 Dir. 93/13 que su objetivo es “aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los *contratos* celebrados entre profesionales y consumidores”.

²⁷⁹ Sobre las razones por las que la clasificación de un Estado miembro en cuanto a si existe un contrato no debe ser concluyente vid. WHITTAKER, S., “Unfair Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract”, en *LQR* n° 116, 2000, pp. 99-107. El tratamiento de los servicios de interés general como contratos difiere entre los Estados miembros; por ejemplo, en Reino Unido la relación entre un cliente nacional de gas y el proveedor de gas se considera contractual, no así entre los proveedores y clientes nacionales de agua (con independencia de que la UTCCR 1999 faculta al Director General de Servicios de Agua para solicitar medidas contra el uso de cláusulas abusivas: vid. Reg. 12 y *Schedule 1* UTCCR 1999), mientras que en el Derecho francés esos servicios se consideran suministrados por contrato (WILLETT, CH., “General Clauses of Fairness and the Promotion of Values Important in Services of General Interest”, en TWIGG-FLESNER, CH./PARRY, D./HOWELLS, G./NORDHAUSEN, A. (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2008*, Hampshire, 2007, p. 69).

de Directiva²⁸⁰, puntualizando que la noción de contrato incluye también las transacciones por medio de las cuales se efectúan suministros o prestaciones en un marco reglamentario²⁸¹. Dado que no se ha avanzado sobre esta cuestión conceptual por la Comisión, ni tampoco se ha alentado por los Estados miembros una discusión al respecto, sería conveniente que el TJ adoptara una interpretación autónoma de contrato a los efectos de la Dir. 93/13²⁸², sobre todo para evitar que los tribunales nacionales utilicen una noción restrictiva de contrato que prive al consumidor de la protección que dispensa la Directiva²⁸³.

Ahora bien, aunque se haga una interpretación amplia en *pro* del consumidor, salvando así el escollo que pudiera suponer la naturaleza (contractual o no) de la prestación del servicio público, todavía quedaría por superar la exclusión prevista en el art. 1.2 Dir. 93/13 (y art. 4.II LCGC), que puede plantear problemas en relación con los servicios públicos en la medida en que estos se rijan por disposiciones nacionales. En efecto, aun cuando se entienda que su prestación corresponde a una relación contractual, o incluso si efectivamente es así, ¿cabría controlar las condiciones por las que se proporciona el servicio si hay sujeción a una regulación sectorial?

Cierto es que cuando un Estado legisla, se presume que lo hace por el bien público. Esta fue la base para la exención del art. 1.2 de la Dir. 93/13 y de la presunción hecha en su Considerando decimotercero, pero este punto de vista, por lo menos en la mayoría de los servicios públicos, ya no puede ser acogido²⁸⁴; la liberalización y privatización de tales servicios ha llevado a que muchos de ellos sean vistos como contratos, pero de qué tipo: aquí entra en juego la distinción entre contratos privados y públicos. A nivel comunitario, la Dir. 2004/18/CE²⁸⁵ (art. 1.2,*a*) define estos últimos como “contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva”. A nivel nacional, el TRLCSP, tras dar una noción de contratos del

²⁸⁰ Vid. *supra* n. 246.

²⁸¹ Como recuerda la propia Comisión en su *Informe de 27.4.2000*, p. 15.

²⁸² Así, WHITTAKER, op. cit., pp. 101-107, y WILLETT, op. cit., pp. 69-71.

²⁸³ Señala WILLETT dos razones fundamentales para la adopción de un enfoque autónomo de contrato: la ya mencionada, que sería coherente con el objetivo de la Dir. 93/13 de promover la protección del consumidor (Considerando 6º); y otra sería evitar distorsiones de la competencia, lo que igualmente pretende la Directiva, según su Considerando 2º (WILLETT, op. cit., p. 69).

²⁸⁴ HALL, op. cit., 1999, p. 119.

²⁸⁵ De 31.3.2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en DO L 134, de 30.4.2004, pp. 114-240.

sector público²⁸⁶, señala que estos pueden tener carácter administrativo o privado²⁸⁷ (art. 18), y que para que un contrato sea administrativo debe ser celebrado por un ente al que el propio TRLCSP otorgue la consideración de Administración Pública²⁸⁸. Por su parte, el TS, atendiendo a una calificación finalista, ha declarado que “para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada *por la prestación de un servicio público*, entendiendo este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia”²⁸⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en orden a contestar a la cuestión planteada anteriormente, cabe diferenciar dos supuestos que no han de confundirse: el de las cláusulas elaboradas por la Administración pública y utilizadas a fin de regular la prestación al público de determinados servicios efectuada por ella misma o por empresarios públicos o privados en ciertos sectores; y el de los clausulados de contratos tipo meramente aprobados por la Administración o regulados mediante normas reglamentarias promulgadas por ella²⁹⁰. Empezando con este último supuesto, si se trata de cláusulas reguladas específicamente por una norma reglamentaria de aplicación obligatoria estaremos ante una cláusula declarativa que no guarda especialidad (art. 4.2 LCGC y EM LCGC, I, 2º pfo. *in fine*), sin perjuicio del control de legalidad de que eventualmente pueda ser objeto por razón de su rango

²⁸⁶ Para el art. 2.1 TRLCSP son *contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3*, precepto este último que contiene una lista conformada por las Administraciones estatal, autonómica y local, entes administrativos autónomos y otros asimilados.

²⁸⁷ No todo lo no administrativo es privado ni viceversa, toda vez que el término que, en rigor, es oponible a privado es público, y dentro del Derecho público existen distintas ramas y no solo el Derecho administrativo, al tiempo que el Derecho privado se subdivide también en distintas materias; sin embargo, lo cierto es que, por lo que se refiere a los contratos de la Administración, público equivale a administrativo y que el contrato privado pueda ser a su vez civil, mercantil o laboral es algo naturalmente ajeno al Derecho administrativo (GÓMEZ DE MERCADO, F., “Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 5, 1.11.1999, accesible en www.madrid.org).

²⁸⁸ En otro caso sería, en principio, privado, vid. arts. 19 y 20 TRLCSP, puntualizando este último que serán también privados “*los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos*”.

²⁸⁹ STS 24.1.2007 (FJ 1º), recogiendo lo dicho por las SSTs de 17.7.1999 (FJ 1º) y de 9.10.1987 (FJ 2º).

²⁹⁰ PAGADOR, op. cit., p. 245.

reglamentario²⁹¹; ahora bien, sí se someterán al control propio de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas, las incluidas en contratos tipo de *previa aprobación administrativa*, pues esta ni modifica su naturaleza jurídico-privada²⁹², ni hace que pierdan su carácter de condiciones generales²⁹³, ni excluye la ulterior sujeción de la cláusula al nivel de protección más elevado que deriva del TRLCU a favor del consumidor, apoyando esta interpretación el tenor literal del art. 81.1 TRLCU²⁹⁴. Además, como también se ha señalado²⁹⁵, los mismos argumentos utilizados por el TJ para controlar las cláusulas que reproducen disposiciones nacionales no concebidas para el concreto contrato que contiene aquellas²⁹⁶, son válidos para sostener el control del clausulado sometido a aprobación administrativa²⁹⁷.

Respecto al otro supuesto, esto es, reglas elaboradas por la Administración para la prestación de servicios públicos de forma directa (por la propia Administración pública o por entidades y empresas de ella dependientes) o indirecta (por empresas gestoras de servicios públicos), cabe decir que cuando el servicio se presta directamente debe ser aplicable la legislación protectora frente a cláusulas abusivas si

²⁹¹ PAGADOR, op. cit., p. 246.

²⁹² Tradicionalmente así se ha aceptado, vid., por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975, p. 15.

²⁹³ ALFARO, op. cit., 2002, p. 109, que lo deduce del entonces art. 10.5 LCU (hoy art. 81.1 TRLCU), como ya hiciera PAGADOR, op. cit., p. 247, y anteriormente el propio ALFARO (*Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 118) sobre la base del primigenio art. 10.3 LCU.

²⁹⁴ Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Cláusulas no negociadas individualmente”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, pp. 939-942. En efecto, el art. 81.1 TRLCU dispone que las cláusulas que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes cuando así se disponga como requisito de validez (...) sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma; norma que, a juicio de ALFARO (op. cit., 2002, p. 109, sobre art. 10.5 LCU), es inútil pero que permite confirmar la interpretación de que las cláusulas predispuestas por una empresa privada no pierden su carácter de condiciones generales por el hecho de que su puesta en vigor esté sometida a aprobación administrativa.

²⁹⁵ Vid. MENDOZA LOSANA, A.I., “Control de condiciones generales de la contratación en sectores regulados. En particular, la cláusula que permite la modificación unilateral de los precios”, en CESCO, mayo 2013 (accesible en www.uclm.es/centro/cesco), p. 12.

²⁹⁶ De los que hemos dado cuenta *supra* (vid. 2.4.1.A) con ocasión de la ya citada St. *RWE Vertrieb*.

²⁹⁷ Como señala MENDOZA (ib.), las administraciones sectoriales que aprueban contratos tipo valoran si las condiciones generales se ajustan a la normativa sectorial aplicable, especialmente en lo que se refiere a la salvaguarda del interés público en la prestación de servicios de interés general, pero no cabe presumir que la Administración nacional competente ha comprobado si realmente existe un equilibrio en el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en los clausulados sometidos a su aprobación; no en vano, es una constante en la normativa sectorial la proclamación de su aplicación sin perjuicio de la legislación de consumidores y el reconocimiento de que los derechos sectoriales son adicionales y compatibles.

atendemos al art. 80.1 TRLCU²⁹⁸, pero si se presta de forma indirecta habría que distinguir dos relaciones distintas²⁹⁹: la existente entre la Administración y el gestor, que no se sujeta a la LCGC ni al TRLCU³⁰⁰, y la relación entre el gestor y el público, que viene determinada por el pliego de condiciones de aquella y sí ha de quedar sometida al TRLCU en línea de principio³⁰¹, pues estaríamos ante condiciones insertas en contratos derivados de la ejecución de otros cuya preparación y adjudicación se lleva a cabo en base a pliegos de condiciones previamente aprobados por la Administración.

Los graves problemas detectados sobre la abusividad en la prestación de los servicios públicos y su control³⁰² llevaron a que se propusieran varias soluciones, no necesariamente excluyentes entre sí, en los *Workshops* de la ya citada conferencia *The Directive on “Unfair Terms”, five years later – Evaluation and future perspectives*³⁰³: así, que los contratos de servicios públicos fueran previamente examinados por un regulador independiente; que se eliminara del art. 1.2 Dir. 93/13 el término “reglamentarias”, de manera que los reglamentos administrativos quedaran sujetos al escrutinio de la Directiva; que los servicios públicos fueran divididos en aquellos que se prestan verdaderamente de forma colectiva y los proporcionados a los usuarios como clientes, debiendo proporcionar la Directiva criterios al efecto que fueran aplicados por los Tribunales, de manera que la evaluación de abusividad tuviera en consideración las necesidades del conjunto de usuarios de los servicios públicos esenciales, en contraste con las necesidades individuales; que, incluso, se creara para los servicios

²⁹⁸ Tal precepto establece los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente en contratos B2C, *incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes* (80.1.I). Para ALFARO (op. cit., 2002, pp. 108 y 109), en la medida en que el servicio se preste por la Administración en términos contractuales, no debe haber inconveniente en aplicar, por lo menos en cuanto a los principios se refiere, dicha legislación protectora, pero no así la propia de las condiciones generales cuando se preste en régimen de Derecho Público. PAGADOR (op. cit., p. 248) distingue el servicio prestado por la Administración o empresas públicas en dicho régimen y en el de Derecho privado, de manera que en el primer caso no sería aplicable la LCU (hoy TRLCU), y sí en el segundo.

²⁹⁹ PAGADOR, op. cit., p. 249.

³⁰⁰ Dado que dicha relación se rige por un contrato de gestión de servicios públicos, operaría la exclusión del art. 4.I LCGC, en tanto que dicho contrato es administrativo; tampoco sería aplicable el TRLCU en la medida en que el contratista-gestor actúa en el marco de su actividad profesional y, por tanto, no tiene la consideración de consumidor (arts. 2 y 3 TRLCU).

³⁰¹ Señala PAGADOR (ib.) que parece razonable entender que no todas las cláusulas reguladoras de la relación gestor y público se sujetan a la aplicación de los arts. 10 y 10 bis LCU (hoy en arts. 80-82 TRLCU), sino solamente las que puedan considerarse como manifestación de la autonomía de la voluntad, *no como emanación de alguna potestad administrativa*, poniendo el ejemplo de ciertos contratos de suministro (energía eléctrica, gas, etc.) que la doctrina alemana ha denominado *privatrechtsgestaltende behördliche Festsetzungen*, por razón de su naturaleza jurídico-pública, que las sustrae a la consideración de condiciones generales.

³⁰² Vid. HALL/TIXADOR, op. cit., pp. 123-226.

³⁰³ Concretamente *Workshop 2*: vid. HALL, op. cit., 1999, pp. 120 y 121.

verdaderamente colectivos otra Directiva que podría requerir, por un lado, una información transparente a los consumidores sobre las reglas que regulan la prestación del servicio³⁰⁴, y, por otro, una reparación del prestador que rompiera tales reglas.

Ninguna de estas soluciones planteadas fue llevada a cabo, con lo cual tenemos un teórico control de los servicios públicos, en la medida en que no pueden valerse de la referencia a las “disposiciones imperativas” *ex* art. 1.2 Dir. 93/13³⁰⁵, pero la práctica ha demostrado que los obstáculos a su control proceden más bien del carácter específico de estos servicios y de los ordenamientos nacionales que del hecho de que se haya incorporado o no la exclusión prevista en dicho precepto³⁰⁶.

2.4.2. Cláusulas sobre elementos esenciales

Establece el art. 4.2 Dir. 93/13 que *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.*

Un análisis de la naturaleza jurídica de esta disposición fue realizado por la Abogada General TRSTENJAK con ocasión de las conclusiones presentadas sobre el asunto C-484/08³⁰⁷. Al respecto se cuestionó si el art. 4.2 supone una restricción del ámbito de aplicación de la Dir. 93/13 o tan solo una limitación material del alcance del control de contenido. Para responder a esta cuestión se precisó una interpretación gramatical y sistemática de dicho precepto³⁰⁸ (habida cuenta que la génesis de la Directiva no proporcionaba elementos al respecto), en virtud de la cual, y dada la aplicación universal del principio de transparencia, TRSTENJAK concluyó que el art. 4.2 no restringe la aplicabilidad de la Directiva sino exclusivamente la de su test de

³⁰⁴ Se estimó que, en todo caso, era necesario que la Dir. 93/13 impusiera a los prestadores de servicios obligaciones positivas sobre transparencia, siendo insuficiente la previsión del Anexo, letra i) del aptdo. 1, debiendo existir, por tanto, un requisito positivo de que los términos en que se presta el servicio estén a disposición del consumidor para su inspección (HALL, *op. cit.*, 1999, p. 121).

³⁰⁵ Así lo ha afirmado tajantemente la Comisión, que ha dicho que tales servicios no están excluidos del ámbito de aplicación de la Dir. 93/13; *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, p. 15.

³⁰⁶ COMISIÓN EUROPEA, *ib.* En efecto, la Comisión recuerda que, si bien el estudio realizado sobre la aplicación de la Dir. 93/13 a los servicios de interés general (citado *supra* en n. 276) detectó graves problemas, también demostró que estos no derivan esencialmente de la exclusión del art. 1.2.

³⁰⁷ TRSTENJAK, V., *Conclusiones en el Asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, presentadas el 29.10.2009 (ECLI:EU:C:2009:682).

³⁰⁸ *Vid.* TRSTENJAK, *op. cit.*, 2009, ptos. 74 y 75.

equidad, por tanto las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y servicio están en principio comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Dir. 93/13, a lo que el TJ, acogiendo la tesis de la Abogada General, añadió que tales cláusulas solo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el juez nacional considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible³⁰⁹.

Así pues, a diferencia de las cláusulas declarativas, que están excluidas del ámbito de aplicación de la Dir. 93/13 (art. 1.2) y por tanto no quedan sujetas a sus disposiciones, entre ellas el test de abusividad, las cláusulas sobre elementos esenciales sí entran dentro de dicho ámbito pero no del relativo a la prueba de equidad *a condición* de que sean transparentes, pues si no se respeta el principio de transparencia el control del carácter abusivo se extiende también sin restricciones a estas cláusulas³¹⁰.

Téngase presente que la Propuesta original de Directiva de 1990 no contemplaba limitación alguna respecto al control de contenido del clausulado en contratos B2C, lo que no fue bien acogido por la doctrina alemana. Es de resaltar las críticas que al respecto realizaron BRANDNER y ULMER, quienes entendían que la posibilidad de controlar la equivalencia de la relación entre el precio y los bienes o servicios sería anatema para los principios fundamentales de la economía de libre mercado, ya que dicha relación no se determina conforme a una fórmula jurídica sino por los mecanismos del mercado, y siendo así sugirieron mejorar la transparencia respecto de las prestaciones principales del contrato para ayudar a tales mecanismos a evitar desequilibrios entre los derechos y obligaciones de las partes³¹¹.

No fue hasta una etapa avanzada de las negociaciones sobre la propuesta de la Comisión cuando se introdujo el art. 4.2, y ello obedeció a las enmiendas del Consejo en el marco del proceso legislativo, concretamente al adoptar la Posición Común de 22.9.1992. La doctrina explica esta incorporación como la codificación de la prioridad conferida por el legislador comunitario a la protección de la autonomía de la voluntad,

³⁰⁹ TRSTENJAK, op. cit., 2009, pto. 76; STJ 3.6.2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08 (en adelante, *St. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*), aptdo. 32.

³¹⁰ TRSTENJAK, op. cit., 2009, pto. 74; KAPNOPOULOU, op. cit., p. 113; BAIER, K., *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln: die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich*, Hamburgo, 2004, p. 32.

³¹¹ BRANDNER, H.E./ULMER, P., "The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission", en *CML Rev.*, vol. 28, Issue 3, 1991, pp. 652-657. Vid. CANARIS, C.-W., "Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung", en *AcP*, vol. 200, No. 3-4, 2000, pp. 320-324.

limitando el control de abusividad en pro de la libertad individual de contratación y de un mercado eficaz basado en la competencia en materia de precios y oferta de servicios³¹². Se ha señalado que esta disposición corresponde esencialmente con normas jurídicas que estaban en vigor antes de la adopción de la Directiva y que podían haber servido de modelo³¹³, tal es el caso del § 8 AGBG; de hecho, se supone que posiblemente los reparos formulados por el Gobierno alemán en el Consejo contribuyeron a que se excluyeran del control de contenido las cláusulas que definan el objeto principal del contrato y su adecuación con el precio, como ya ocurría bajo aquel precepto de la AGBG, por ello posteriormente el legislador alemán negó la necesidad de una adaptación del § 8 al art. 4.2 de la Directiva cuando hubo de implementar esta a su ordenamiento³¹⁴.

Como se desprende de los trabajos preparatorios de la Directiva sobre cláusulas abusivas, el texto finalmente adoptado resultó ser mucho menos ambicioso que la primera propuesta de la Comisión, ya que se tuvo que hallar un compromiso entre, por una parte, el objetivo de protección de los consumidores y de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de cláusulas abusivas y, por otra parte, los principios de autonomía de la libertad y de libertad contractual que están muy arraigados en las tradiciones jurídicas de la mayor parte de los Estados miembros en el ámbito del Derecho contractual; y manifestación de tal compromiso es la regla del art. 4.2 Dir. 93/13, disposición que, según se desprende de la Posición Común de 22.9.1992, fue incorporada con el fin de excluir *“todo lo que resulta directamente de la libertad contractual de las partes”*, esto es, se pretendía que el núcleo de la relación contractual (*essentialia negotii*), cuando haya sido definido de manera clara y comprensible, no se viese afectado³¹⁵.

Con todo, no hay que perder de vista que si bien el objeto principal del contrato y la relación calidad-precio están en sí exentos de control (cuestión distinta es que las

³¹² TRSTENJAK, op. cit., 2009, pto. 62; SCHMIDT-SALZER, J., “Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)”, en PFEIFFER, G./KUMMER, J./SCHEUCH, S. (eds.), *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, Colonia, 1996, pp. 265 y 268; PFEIFFER, T., op. cit., 2009, Art. 4, aptdo. 23, p. 7.

³¹³ Por todos, BRANDNER, H.E., “Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen”, en *MDR*, 4/1997, p. 314.

³¹⁴ TRSTENJAK, op. cit., 2009, nota 31. Y ello con independencia de que la doctrina alemana haya reconocido el mérito del art. 4.2 Dir. 93/13 como mejor delineador del clausulado que está exento de control en comparación con el § 8 AGBG (vid., por todos, CANARIS, op. cit., p. 327).

³¹⁵ WAHL, N., *Conclusiones en el Asunto C-26/13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, presentadas el 12.2.2014 (ECLI:EU:C:2014:85), ptos. 29 y 33.

cláusulas que los describan no sean transparentes y, por tanto, sí evaluables), la Directiva permite un *control indirecto* de estos elementos, ya que, según el decimonoveno Considerando, los mismos se tendrán en cuenta para evaluar la equidad de otras cláusulas distintas a las que los definen³¹⁶.

Ahora bien, tanto el art. 4.2 de la Directiva como su decimonoveno Considerando guardan silencio sobre cuál es el *consumidor de referencia* para evaluar la transparencia de la cláusula que, en su caso, la exima de apreciación de abusividad. Tan solo contiene la Dir. 93/13 lo que ha de entenderse por consumidor a sus efectos generales (art. 2 b), no en relación al cumplimiento de la transparencia del clausulado, ni siquiera al introducir este principio en su vigésimo Considerando y art. 5. Se ha sugerido que la evaluación sobre la claridad y comprensibilidad del clausulado ha de hacerse en base al estándar del “consumidor medio” entendido como aquel *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*³¹⁷, concepto desarrollado por el Tribunal de Justicia³¹⁸ y adoptado por el legislador comunitario en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales³¹⁹ (en adelante, Dir. 2005/29).

Pero conviene tener presente que dicha noción no está basada en una evidencia empírica sino que representa un concepto normativo, el cual no se debería utilizar con el fin de especificar el principio de transparencia bajo la Dir. 93/13³²⁰; lo relevante es si el consumidor típico normalmente involucrado en la relación contractual en cuestión sería capaz de encontrar y dar sentido a una cláusula *en el caso de que fuera a buscarlo*: se trata entonces de una cuestión empírica en cuanto a cómo se comporta el consumidor típico dentro de un mercado determinado y para un tipo concreto de contrato, de

³¹⁶ En este sentido, WILHELMSSON, op. cit., p. 97; BUSTO LAGO/PEÑA LÓPEZ, op. cit., p. 188. Sobre la posible influencia del precio en la evaluación de abusividad vid. ROPPO, V., “The Definition of «Unfairness»: The Application of Art. 3(1), 4(1) – and of the Annexes of the Directive”, en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 3, Bruselas, 1999 (accesible en <http://ec.europa.eu>), pp. 142 y 143.

³¹⁷ Como recuerda SCHILLIG, M., *Study on the Unfair Terms Directive across Europe*, Londres, 2013 (accesible en www.oft.gov.uk), p. 104.

³¹⁸ Sentencias de 16.7.1998, *Gut Springenheide*, C-210/96; 28.1.1999, *Verbraucherschutzverein*, C-303/97; 13.1.2000, *Estée Lauder*, C-220/98; 8.4.2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/2001. Puede apreciarse en la jurisprudencia comunitaria la creencia del consumidor medio como un buscador de información activo y crítico (HOWELLS, G./WILHELMSSON, T., *EC Consumer Law*, Farnham, 1997, p. 247).

³¹⁹ En efecto, la noción de consumidor medio fue codificada mediante esta Directiva, cuyo Considerando decimooctavo establece que en la aplicación de sus disposiciones de protección se toma como referencia “*al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*”, aunque después en su articulado conceptúa al consumidor en su sentido tradicional (art. 2 a), con independencia de que se introduzca la referencia al consumidor medio, sin definirlo, al establecer los requisitos para considerar desleal o engañosa una práctica comercial (art. 5.2, b, art. 6.1 y 2, art. 7.1 y 2).

³²⁰ Las razones las apunta SCHILLIG, op. cit., p. 149.

modo que dicho consumidor puede no ser muy atento y perspicaz y estar caracterizado como un observador casual y apresurado, y si este es el caso de un mercado en particular y un determinado tipo de contrato debería ser el punto de referencia para una mayor claridad y transparencia³²¹. Como vemos, este enfoque dista de la noción del consumidor medio acuñada por el TJ y codificada en la Dir. 2005/29, que parte de una actitud proactiva: la exigencia del principio de transparencia ha de interpretarse en consonancia con el motivo subyacente de la Dir. 93/13, y por tanto en la evaluación de su cumplimiento no habría de pesar tanto la “razonable atención” que caracteriza aquella noción, sino el marco en que se contrata pues ahí es donde el consumidor puede o no prestar atención habitualmente, y cuanto menor sea esta más transparencia debe exigirse para proteger al consumidor.

Por otra parte, siguiendo con las omisiones de que adolece la Dir. 93/13 en un extremo tan importante como el alcance del control de contenido, no parece desprenderse del texto comunitario otro enlace entre el principio de transparencia y dicho control que la apertura del juicio de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales cuando su redacción no sea clara y comprensible (art. 4.2 *in fine*), como ya advertimos anteriormente³²² (con independencia de que tanto el TJ como el TS hayan extendido la exigencia de transparencia al plano material en la apreciación del carácter abusivo: vid. epígrafes 2.4.2.A.II y 2.4.2.C.II, respectivamente). Al respecto cabe realizar dos puntualizaciones: en primer lugar, se ha señalado que de los antecedentes de la Dir. 93/13 cabría extraer que el principio de transparencia constituye un criterio para determinar el carácter abusivo con arreglo al art. 3 que habría sido objeto de regulación específica³²³, y asimismo que dicho principio fue elevado a parte integrante del test de equidad por el TJ³²⁴. En segundo lugar, si la voluntad del legislador comunitario era

³²¹ SCHILLIG, op. cit., pp. 13 y 14.

³²² Vid. *supra*, epígrafe 2.2.1.

³²³ TRSTENJAK, op. cit., 2012, pto. 62. Como indica la Abogada general, este aspecto se introdujo al debate por primera vez con el Dictamen del CESE, al proponerse también como criterio de abusividad la falta de transparencia (vid. CESE “Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, 24.4.1991, en DO C 159, de 17.6.1991, p. 36, aptdo. 2.5.3), sugerencia que fue acogida por el Parlamento en su Dictamen de 1991 [vid. PARLAMENTO EUROPEO, “Resolución legislativa (Procedimiento de cooperación: primera lectura) que contiene el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, 20.11.1991, en DO C 326, de 16.12.1991, p. 112, enmienda 45], y finalmente por el Consejo, que señaló que la regla general pertinente para el control del carácter abusivo se encuentra en el art. 3.1 y se complementa con un principio de transparencia especialmente destacado en el art. 5.1 (vid. “Posición Común del Consejo de 22 de septiembre de 1992 con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, aptdo. 5).

³²⁴ SCHILLIG, op. cit., p. 10, haciendo referencia a las sentencias *Invitel* y *RWE Vertrieb*. La primera establece, tras recordar las exigencias de transparencia que se desprenden del vigésimo considerando y art. 5 Dir.

establecer un nítido, a la par que fuerte, nexo entre transparencia y control de abusividad, se perdió la ocasión al no pasar finalmente al texto de la Dir. 2011/83 el Capítulo V de la Propuesta de 2008, que pretendía sustituir las disposiciones de la Dir. 93/13 y que explícitamente establecía que en la evaluación de equidad se tendrían que tener en cuenta también los requisitos de transparencia³²⁵, es más, en la Propuesta modificada de 24.3.2011 se apostaba decididamente por reconducir la infracción del deber de transparencia a causa *per se* de abusividad³²⁶, regla que, de haber fructificado, hubiera dado respuesta a quienes desde la promulgación de la Dir. 93/13 vienen poniendo de manifiesto la necesidad de una aclaración sobre las consecuencias de dicha infracción³²⁷.

Tampoco han faltado voces que han planteado ampliar el ámbito del juicio de abusividad en el sentido de que englobara la definición del objeto principal del contrato y la adecuación del precio, lo que pasaría por socavar el límite del art. 4.2 Dir. 93/13³²⁸; o bien, retirar de este precepto la referencia al objeto principal, de manera que solo mencionara la adecuación del precio³²⁹; o bien mantener ambas referencias pero

93/13, que para apreciar el carácter abusivo, en el sentido del art. 3 de la Directiva, tiene una importancia capital que el consumidor pueda prever “*basándose en criterios claros y comprensibles*, las modificaciones de las condiciones generales que pueda realizar el profesional en lo referido a los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse” (St. *Invitel*, aptdos. 27 y 28). La segunda sentencia vendría a respaldar, según SCHILLIG (ib., p. 114), la opinión de TRSTENJAK de que la transparencia es criterio independiente integrante del control de abusividad, al establecer que una cláusula tipo debe satisfacer “las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia” (St. *RWE Vertrieb*, aptdo. 47). El mismo autor ya apuntó que el principio de transparencia obliga a los profesionales a establecer condiciones contractuales justas (SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal Paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, en *EL Rev.*, vol. 33, 2008, pp. 336 y 337).

³²⁵ Art. 32.2 Propuesta de Directiva de 2008 sobre derechos de los consumidores. Vid. *supra* n. 196.

³²⁶ Vid. *supra* n. 201.

³²⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, p. 19; MICKLITZ, H.-W., “Obligation of Clarity and Favourable Interpretation to the Consumer (Art.5)”, en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 4, Bruselas, 1999 (<http://ec.europa.eu>), p. 165; EBERS, op. cit., 2008, p. 201.

³²⁸ Así, la Comisión Europea tanto en su *Informe de 27.4.2000* (pp. 15 y 16, donde advirtió que no se dieron problemas de aplicación práctica en los Estados que no incorporaron la limitación del art. 4.2, existiendo en cambio problemas interpretativos sobre la misma que ponen en entredicho la correcta aplicación del texto comunitario), como en su *Libro Verde de 2007* (vid. anexo I, cuestión 4.6, en pp. 12 y 13 DO C 61, de 15.3.2007). La cuestión suscitada por la Comisión sobre la conveniencia de ampliar el *unfairness test* pasa a ser apuesta decidida de la OFT por acabar con la exención de los *core terms* (presente en Reg. 6.2 UTCCR, que reproduce el art. 4.2 Dir. 93/13): vid. OFFICE OF FAIR TRADING, op. cit., 2012, p. 13, aptdo. 2.8.

³²⁹ Propuesta que se hizo en los *Workshops* de la conferencia *The Directive on “Unfair Terms”, five years later – Evaluation and future perspectives*, concretamente en el *Workshop 1*: vid. WILHELMSSON, op. cit., p. 101. La propia Comisión ha señalado que la limitación del art. 4.2 relativa al objeto del contrato no contribuye en modo alguno a la resolución de algunos casos en que este elemento reviste una importancia decisiva, poniendo el ejemplo del sector de los seguros (vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, p. 16).

reformulando los requisitos por los que operaría la exención de control³³⁰. Realmente con estos planteamientos se resaltan las dudas que existen sobre los propios conceptos que integran el art. 4.2, en cuanto a su alcance y criterios de determinación, lo cual genera no pocos problemas en la práctica. A ello nos referiremos a continuación.

A) Objeto principal del contrato, relación calidad-precio y transparencia: aclaraciones al respecto

Como sabemos, el art. 4.2 Dir. 93/13 se refiere en primer lugar a las cláusulas que definan el *“objeto principal del contrato”*, y en segundo lugar a las cláusulas relacionadas con la *“adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra”* o, dicho en términos del decimonoveno Considerando, las cláusulas *“que describan [...] la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”*; dos categorías cuyo eventual carácter abusivo no cabe apreciar siempre que cumplan con la exigencia de claridad y comprensibilidad.

Se ha señalado que la incorporación de esta disposición puede parecer paradójica y que el TJ puso de relieve parcialmente tal paradoja en su sentencia de 3.6.2010³³¹, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, donde, tras negar el carácter imperativo del art. 4.2 Dir. 93/13, declaró que este no se opone a una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional completo de las cláusulas contempladas en tal precepto aunque estas estén redactadas de manera clara y comprensible, pues dicha normativa permite garantizar al consumidor, conforme al art. 8 de la Directiva, una protección más elevada que la prevista por esta³³². Todo ello, a juicio del Abogado General WALH, debería llevar a definir los conceptos que se recogen en el art. 4.2 mediante *criterios autónomos*³³³, diferentes de los eventualmente utilizados a nivel nacional, lo cual implica, en primer lugar, que los criterios que permiten definir el objeto principal o la relación calidad-precio deberán estar claramente definidos, sin

³³⁰ Tal ocurre en los proyectos de THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION (UCTB, S. 4) y DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS (CRB, S. 67), como veremos a continuación.

³³¹ WAHL, op. cit., pto. 37. Las razones dadas por el Abogado General sobre lo paradójico de tal incorporación son, por una parte, que resulta sorprendente que una Directiva cuyo principal objetivo es proteger al consumidor excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato; por otra parte, que dado que, según el art. 3.1 Dir. 93/13, no se hace referencia en ningún caso a las cláusulas negociadas individualmente, el art. 4.2 interviene en un ámbito en el que la libertad contractual no despliega plenamente sus efectos (ib., ptos. 34-36).

³³² St. *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, apdos. 43 y 44.

³³³ Con anterioridad, ya apuntó TRSTENJAK (op. cit., 2009, pto. 68) que los conceptos de *objeto principal* y *adecuación entre precio y servicio*, son términos jurídicos de Derecho comunitario y, por tanto, de interpretación autónoma.

perjuicio de la facultad de apreciación de que dispone el juez nacional, y en segundo lugar, que la exigencia de claridad y legibilidad de la Directiva debe tener en cuenta que el consumidor está en una posición de debilidad con respecto al profesional con el que contrata, así como la asimetría de información que caracteriza dicha relación³³⁴.

Tales criterios han sido proporcionados en cierta medida por el TJ, primero, en su *St. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, donde señaló (apdo. 34) que el art. 4.2 se refiere a las “prestaciones esenciales” del contrato celebrado entre consumidor y profesional, y más tarde, en SSTJ 30.4.2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13 (en adelante, *St. Kásler y Káslerné Rábai*), 26.2.2015, *Matei*, C-143/13 (en adelante, *St. Matei*), y 23.4.2015, *Van Hove*, C-96/14 (en adelante, *St. Van Hove*), resoluciones donde se ahonda en la cuestión sobre las dos categorías de cláusulas exentas presentes en dicho precepto, abordando además el alcance de la exigencia de transparencia.

A.I) Elementos ex artículo 4.2 Directiva 93/13: interpretación del Tribunal de Justicia y enfoques determinativos

Según la jurisprudencia del TJ, de las exigencias de aplicación uniforme del Derecho de la Unión y del principio de igualdad se desprende que cuando el tenor de una disposición comunitaria no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate³³⁵. Dado que el art. 4.2 Dir. 93/13 no contiene dicha remisión expresa, los términos “objeto principal del contrato” y “adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra”, han de interpretarse de esa forma, autónoma y uniforme en toda la UE, contextualizando tal precepto en el marco de la Directiva y su finalidad buscada por el legislador comunitario³³⁶.

Respecto a la cláusula que define el *objeto principal del contrato*, aunque pudiera entenderse como el bien o servicio a proporcionar por el profesional³³⁷, cuyas características –según suele decirse en pro del no sometimiento al control de fondo–

³³⁴ WAHL, op. cit., ptos. 39-41.

³³⁵ SSTJ 18.1.1984, *Ekro*, 327/82, apdo. 11; 19.9.2000, *Linster*, C-287/1998, apdo. 43; 9.9.2003, *Monsanto Agricoltura Italia y otros*, C-236/01, apdo. 72; 14.2.2012, *Flachglas Torgau*, C-204/09, apdo. 37; 19.12.2013, *Fish Legal y Shirley*, C-279/12, apdo. 42.

³³⁶ *St. Kásler y Káslerné Rábai*, apdos. 37 y 38; *St. Matei*, apdo. 50.

³³⁷ Así lo defiende, por ejemplo, PERTÍÑEZ, op. cit., p. 121.

difícilmente no hayan sido contempladas por el consumidor y prestado su consentimiento a las mismas³³⁸, el TJ ha señalado, por un lado, que la circunstancia de que una cláusula haya sido negociada por las partes en ejercicio de su autonomía contractual y en el contexto de las condiciones del mercado no puede constituir un criterio que permita apreciar si esa cláusula forma parte del objeto principal del contrato, en el sentido del art. 4.2 Dir. 93/13; por otro, que las cláusulas incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato”, en el sentido de tal disposición, deben entenderse como las que regulan las *prestaciones esenciales* del contrato y que como tales lo caracterizan, mientras que las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte de aquel concepto, correspondiendo al juez nacional apreciarlo atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones del contrato de que se trate y su contexto jurídico y de hecho³³⁹.

En cuanto a la *relación calidad-precio*, el Tribunal de Justicia se ha mostrado más comedido, pues parte de la base del reducido alcance que tiene esta segunda categoría de cláusulas cuyo posible carácter abusivo no cabe apreciar, puesto que tal excepción al mecanismo de control solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, excepción

³³⁸ Como recuerda CÁMARA LAPUENTE, op. cit., p.19, quien advierte (p. 17) que la Directiva no se refiere al objeto del contrato en general, sino al objeto *principal*. En clave nacional, respecto al objeto del contrato entendido como requisito esencial *ex* art. 1261 CC, GONZÁLEZ PACANOWSKA (op. cit., p. 906) dice que definir el objeto es tanto como describir el contenido de las respectivas prestaciones, lo que generalmente se ofrece por el empresario sin inclinación alguna a modificarla, pero es igualmente indudable que tratándose de un elemento esencial para que exista contrato, el consumidor ha de conocerlo y manifestar su voluntad favorable al vínculo, lo cual no significa convertir aquella necesaria “selección” entre las posibles alternativas del mercado en una “negociación individual”, que entonces, por hipótesis, siempre estaría presente respecto del objeto. También se ha señalado (vid. WILHELMSSON, op. cit., p. 101) que los elementos esenciales no están tan a menudo sometidos a negociación en las condiciones modernas de mercado, de manera que si el control establecido por la Directiva se justifica por la ausencia de negociación, no deberían escapar de un cierto control, sobre todo en los casos en que la competencia no fuera lo suficientemente fuerte ni el mercado lo suficientemente transparente como para superar la falta de negociación individual de contratos específicos.

³³⁹ St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 47-51; St. *Matei*, aptdo. 54; St. *Van Hove*, aptdos. 33 y 37. La primera de estas SSTJ sigue básicamente las conclusiones de WAHL (op. cit., ptos. 49, 50 y 53), que es más explícito: señala que para determinar qué constituye el objeto principal de un contrato, corresponde al juez decidir, caso por caso, qué prestación o prestaciones esenciales deben considerarse *objetivamente* esenciales en el sistema general del contrato, teniendo en cuenta no solo lo que la legislación nacional supletoria considera esencial sino también las circunstancias específicas que se desprenden de los propios términos del contrato, y añade que el objeto principal implica aspectos indisociables del contrato, de manera que estaríamos ante una cláusula que forma parte de tal concepto si, de no existir la misma, el contrato perdería una de sus características fundamentales, e, incluso, no podría seguir existiendo con las demás estipulaciones contractuales.

que se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control³⁴⁰, como apuntara WAHL³⁴¹, para quien esta segunda hipótesis se refiere a supuestos, muy poco habituales, en que pueda establecerse una relación casi matemática entre la calidad de la prestación proporcionada y la retribución debida por esta³⁴². Realmente, cuando el TJ ha tenido que pronunciarse sobre esta exclusión se ha centrado en analizar si la cláusula controvertida puede calificarse o no como comprensiva de una “retribución” del servicio prestado, puesto que solo en caso positivo su adecuación como contrapartida de la prestación del profesional no podría ser apreciada en relación con su carácter abusivo³⁴³.

Sobre esta segunda categoría se ha argumentado que la exclusión no se refiere al precio *stricto sensu* sino a la relación de equivalencia económica de las contraprestaciones, que, como factor metajurídico, no constituye propiamente una cláusula³⁴⁴, si bien no es extraño referirse en este contexto al precio en lugar de a la relación calidad-precio³⁴⁵. El TJ ha dicho que las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al profesional o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el profesional³⁴⁶.

En la práctica, lo decisivo es determinar cuándo una cláusula recoge los elementos esenciales del contrato –entendiendo por tales de forma sintética el bien o

³⁴⁰ St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 54 y 55; St. *Matei*, aptdo. 55.

³⁴¹ Y previamente SCHILLIG, que ya señaló el carácter extremadamente limitado de este supuesto de exclusión, poniendo de relieve que la relación calidad-precio no se encuentra sometida a ningún tipo de control, dado que no existe ningún estándar jurídico que proporcione directriz alguna al respecto (SCHILLIG, M., “Directive 93/13 and the «price term exemption»: a comparative analysis in the light of the “market for lemons” rationale”, en *ICLQ*, vol. 60, Issue 4, 2011, p. 947).

³⁴² WAHL, op. cit., pto. 69.

³⁴³ En este sentido, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, por ejemplo, que dicha exclusión no puede aplicarse a una cláusula relativa a un mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que deban prestarse al consumidor (St. *Invitel*, aptdo. 23), tampoco a una cláusula que, en un préstamo en moneda extranjera, estipula la obligación para el consumidor de pagar los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa (St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 58 y 59); ni, en principio, a cláusulas que en un préstamo facultan al prestamista para modificar unilateralmente el tipo de interés o prevean una “comisión de riesgo” (St. *Matei*, aptdos. 70 y 78).

³⁴⁴ CÁMARA LAPUENTE, op. cit., p. 117.

³⁴⁵ V. gr., PERTÍÑEZ, op. cit., p. 121.

³⁴⁶ St. *Matei*, aptdo. 56.

servicio a proporcionar y el precio³⁴⁷ a pagar por ellos-, y aquí existen diversas posturas, como la seguida por la *Supreme Court* de Reino Unido, que ha hecho una interpretación amplia al considerar que todas las obligaciones de pago quedan exentas de control³⁴⁸, mientras que en Alemania se defiende un enfoque más restrictivo, acudiendo a complejas construcciones doctrinales, que distinguen entre cláusulas de regulación *stricto sensu* (*Preisvereinbarungen*) y cláusulas secundarias relativas a los precios (*Preisnebenabreden*) –las primeras excluidas, las segundas sometidas a control de contenido-, y entre descripciones primarias y secundarias de la prestación principal³⁴⁹; en definitiva, una interpretación mucho más estricta pero de aplicación nada fácil al caso concreto.

En nuestro país, el TS ha tomado razón de algunas de las tesis doctrinales sobre lo que constituye “definición del objeto principal”³⁵⁰ y se ha decantado escuetamente, en una interpretación literal del art. 4.2 Dir. 93/13, por no distinguir en tales cláusulas entre elementos “esenciales” y “no esenciales” del tipo de contrato en abstracto, «sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio"»³⁵¹; y también parece asumir el punto de vista del consumidor medio para calibrar si una concreta cláusula pudo ser percibida como elemento definitorio de la relación por el consumidor³⁵².

³⁴⁷ Ya sea por considerarlo incluido en el *objeto principal del contrato*, como prestación contractual característica -del consumidor en este caso-, ya sea por tenerlo como parámetro comparativo con el valor del bien o servicio a prestar por el profesional, esto es, la *relación calidad-precio*.

³⁴⁸ Como recuerda WAHL (op. cit., pto. 48). En efecto, la *Supreme Court*, en el caso *Office of Fair Trading v. Abbey National plc* (25.11.2009), sostuvo que no procede diferenciar entre los elementos esenciales del precio (*core terms*) y los gastos que pueden generarse cuando se dan determinados requisitos (*incidental terms*) y, por tanto, satisfacen los criterios de la excepción prevista en el art. 4.2 Dir. 93/13 todas las obligaciones de pago relativas a la prestación. Antes de dicha decisión, la *House of Lords*, en el caso *Director General of Fair Trading v. First National Bank* (25.10.2001), sí distinguía entre *core* e *incidental terms*, manteniendo que no eran “precio” las sumas abonables solo en determinadas circunstancias; un enfoque, por tanto, más restrictivo que el seguido posteriormente por la *Supreme Court*.

³⁴⁹ Cfr. PAGADOR, op. cit., p. 287.

³⁵⁰ Como la diferencia entre principal y accesorio o el rasgo de la eventualidad; la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula, de manera que todo lo referido al precio estaría comprendido; o la importancia que la cláusula tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico: SJM nº 3 Madrid, 27.2.2014, FJ IV, D), recordando la STS 9.5.2013, aptdos. 185 y 186.

³⁵¹ STS 9.5.2013, aptdo. 188.

³⁵² Ib., aptdos. 252 y 253.

Una postura alternativa es la propuesta por SCHILLIG y desarrollada sobre la teoría de AKERLOF³⁵³, de la que toma elementos clave (asimetría informativa y selección adversa) y los aplica, con las propias adaptaciones, a las cláusulas contractuales consideradas como parte del producto o servicio que el consumidor adquiere³⁵⁴, a fin de explicar la existencia de la regulación sobre cláusulas abusivas, esto es, lo que SCHILLIG denomina *Directive's "market for lemons" rationale*, en base a la cual dice que deben determinarse las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y el precio³⁵⁵. Según este planteamiento todas las cláusulas que caen en el problema de la "selección adversa"³⁵⁶ no forman parte de los elementos esenciales y por tanto deben ser evaluables; lo trascendente es si la concreta cláusula se expone a las fuerzas del mercado y la libre competencia, en el sentido de que los consumidores la tomen en cuenta al contratar, pues solo en este caso puede suponerse que el mercado va a garantizar un equilibrio adecuado de los intereses de las partes contratantes haciendo

³⁵³ Vid. AKERLOF, G.A., "The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", en *QJE*, Vol. 84, Iss. 3, 1970, pp. 488-500, trabajo pionero que lo convertiría en el padre de la denominada "economía de la información". Los ejemplos puestos por AKERLOF para fundamentar su teoría fueron después magistralmente llevados al campo de los contratos de adhesión por GOLDBERG, V.P., "Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand", en *JLE*, Vol. 17, No. 2, 1974, pp. 461-492 (accesible en www.jstor.org/stable/724901), y al terreno de los precios por SALOP, S./STIGLITZ, J., "Bargains and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion", en *Rev. Econ. Stud.*, Vol. 44, No. 3, 1977, pp. 493-510 (accesible en www.jstor.org/stable/2296903).

³⁵⁴ Sobre este entendimiento, vid. LEFF, A.A., "Contract as thing", en *Am. U. L. Rev.*, Vol. 19, No. 2, 1970, pp. 131-157 (accesible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2827); RADIN, M.J., "Human, Computers and Binding Commitment", en *Ind. L.J.*, Vol. 75, Iss. 4, 2000, pp. 1125-1161 (accesible en www.repository.law.indiana.edu); BAR-GILL, O./WARREN, E., "Making Credit Safer", en *U. PA. L. Rev.*, Vol. 157, Iss. 1, 2008, pp. 1-101 (accesible en www.pennlawreview.com).

³⁵⁵ SCHILLIG, op. cit., 2013, pp. 16 y 102.

³⁵⁶ Expresión acuñada por AKERLOF con la que se describe una situación de oportunismo precontractual, que se da cuando una de las partes contratantes dispone de información relevante que desconoce la otra (*información asimétrica*) y utiliza en su provecho, de manera que la parte menos informada no es capaz de distinguir la buena o mala calidad de lo ofertado, produciéndose entonces un efecto de antiselección ya que solo se acabarán ofreciendo las peores calidades y productos de desigual calidad pueden ser vendidos al mismo precio dado que no se tiene información suficiente para diferenciarlos. Esto, llevado al terreno de las cláusulas contractuales por SCHILLIG, supone que los profesionales que utilizan un clausulado de baja calidad tendrán una ventaja, mientras que aquellos otros que cuentan con dificultades para señalar a los consumidores que sus contratos son de mejor calidad no tendrán más remedio que ajustar sus términos en consecuencia, de manera que al final las cláusulas contractuales ofertadas son las más desventajosas para los clientes; ahora bien, para SCHILLIG la asimetría informativa, que causa el problema de la selección adversa o antiselección, puede explicarse por la *apatía racional* de los consumidores al decidir la cantidad de tiempo y esfuerzo a dedicar al estudio detallado de las cláusulas contractuales, pero también porque el consumidor puede caer en *sesgos sistemáticos* –como el exceso de confianza o el optimismo irreal– que lo hagan irracionalmente apático, prestando menos atención de la debida al clausulado contractual, y que sean aprovechados por los profesionales; precisamente por ello apunta SCHILLIG que en la evaluación de la transparencia la pregunta debe ser si la cláusula se presenta de una manera que pretende explotar las anomalías del comportamiento, haciendo que dicha cláusula no sea transparente, en lugar de una forma que busque superar los sesgos de los consumidores (vid. SCHILLIG, op. cit., 2013, pp. 8, 15 y 29).

innecesaria la intervención judicial³⁵⁷. No obstante, se advierte que se trata de una cuestión empírica difícil discernir si la cláusula está lo suficientemente expuesta a dichas fuerzas, y que la transparencia es una necesaria, pero insuficiente, premisa, ya que incluso cláusulas perfectamente transparentes puede que no sean leídas por los consumidores³⁵⁸; es más, se ha dicho que es poco probable que estos intenten familiarizarse con las cláusulas, abstracción hecha de su transparencia, la cual, por tanto, no puede ser vista como productora de un nivel de comprensión precontractual que hiciera verdaderamente informada la decisión de contratar³⁵⁹, de hecho, la investigación de la ciencia del comportamiento parece sugerir que los consumidores son mucho más propensos a hacer uso de la información en la fase postcontractual³⁶⁰.

A.II) Alcance de la exigencia de transparencia

Aunque se asumiera, como parece hacer la Dir. 93/13, que los consumidores son racionales a la hora de contratar y que, por tanto, la transparencia les hace tomar una decisión informada, la cuestión a plantearse es en qué se concreta la exigencia de transparencia. Como sabemos, el art. 5 de la Directiva impone que las cláusulas predisuestas al consumidor estén *“redactadas siempre de forma clara y comprensible”*, requisito de redacción clara y comprensible que, según el art. 4.2, han de cumplir las cláusulas sobre elementos esenciales para que queden exentas de control de contenido. El alcance exacto de esta exigencia es incierto: puede entenderse en el sentido de que toda cláusula contractual ha de ser comprensible desde un punto de vista lingüístico y gramatical, pero también puede significar, en un sentido más amplio, que los motivos

³⁵⁷ FASTRICH, L., *Recherliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, Munich, 1992, p. 265.

³⁵⁸ SCHILLIG, op. cit., pp. 4 y 24; BEN-SHAHAR, O., “The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law”, en *ERCL*, Vol. 5, Iss. 1, 2009, pp. 7-9; WILLETT, Ch., “The functions of transparency in regulating contract terms: UK and Australian approaches”, en *ICLQ*, Vol. 60, Iss. 2, 2011, p. 358, quien da una serie de razones por las cuales es probable que no se lea el clausulado aunque sea transparente, y que explican el por qué la transparencia no es generalmente capaz de informar en realidad a los consumidores.

³⁵⁹ WILLETT, ib., perspectiva que es apoyada cada vez más por la ciencia del comportamiento: vid. RAMSAY, I., *Consumer Law and Policy*, Oxford, 2007, pp. 71-85; FREDERICK, S./LOWENSTEIN, G./O'DONOGHUE, T., “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”, en *JEL*, Vol. XL, junio 2002, pp. 351-401.

³⁶⁰ Vid. WHITFORD, W., “Contract law and the Control of Standardized Terms in Consumer Contracts: An American report”, en *ERPL*, Vol. 3, Iss. 2, 1995, pp. 195-199. Según WILLETT (op. cit., p. 376) esto no es de extrañar, ya que en esta fase los consumidores no se ven afectados por factores de distracción, tales como el compromiso psicológico a la compra y las señales positivas de publicidad, sosteniendo que la transparencia puede ser vista como factor relevante para ayudar a los consumidores a proteger sus intereses postcontractuales, lo que podría mejorar su acceso a la justicia en caso de disputa.

económicos que sustentan el empleo de una cláusula específica y su relación con las demás cláusulas contractuales deben ser claros y comprensibles³⁶¹.

El TJ ha precisado la interpretación que debe dársele al art. 4.2 Dir. 93/13 y la que corresponde respecto a la exigencia de transparencia. En cuanto a lo primero, ha dicho que toda vez que el art. 4.2 establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva, esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta³⁶². Sobre lo segundo, mantiene que dicha exigencia, tal y como se enuncia en el art. 4.2, tiene el *mismo alcance que la formulada en el art. 5*, pues este precepto establece que la redacción clara y comprensible se exige *siempre* para las cláusulas contractuales escritas, puntualizando el vigésimo Considerando de la Directiva en ese sentido que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato, de ahí que tal exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el art. 4.2 y excluida por tanto de la apreciación de su carácter abusivo³⁶³.

Dado que, a juicio del TJ, el alcance del requisito de transparencia es el mismo en ambos preceptos, acude a la interpretación que del art. 5 Dir. 93/13 hiciera en la *St. RWE Vertrieb*³⁶⁴, donde ya afirmó el Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, puesto que el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información³⁶⁵. Se advertiría después que aun cuando la información general

³⁶¹ *St. Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 33.

³⁶² *St. Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 42; *St. Matei*, aptdo. 49; *St. Van Hove*, aptdo. 31.

³⁶³ *St. Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 67-69; *St. Matei*, aptdo. 73.

³⁶⁴ *St. Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 70, siguiendo en este sentido a WAHL, quien recordaba (op. cit., ptos. 83 y 84) que en la *St. RWE Vertrieb* el TJ declaró que corresponde al órgano nacional, en función de todas las circunstancias del caso, garantizar que el consumidor pueda prever los gastos en que pueda incurrir, y aun reconociendo que dicha jurisprudencia se refería a la interpretación del art. 5 Dir. 93/13, consideraba el Abogado General que la misma es más válida incluso en lo que atañe al requisito de transparencia establecido en el art. 4, dado que este precepto tiene como consecuencia que determinadas cláusulas contractuales se sustraigan a la apreciación de su carácter abusivo, y por tanto entendía que no debían rebajarse excesivamente las exigencias de claridad e inteligibilidad de la cláusula de que se trate, que condicionan la realización del control de su contenido y que corresponde verificar al juez nacional competente teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias del caso concreto.

³⁶⁵ *St. RWE Vertrieb*, aptdo. 44, doctrina reiterada en *St. Constructora Principado* (aptdo. 25) y *Auto Sebestyén* (aptdo. 33). La *St. Invitel* ya señaló (aptdo. 27) que del vigésimo considerando de la Directiva se desprende

proporcionada al consumidor antes de contratar satisficiera las exigencias de claridad y transparencia del art. 5, ello no permite por sí solo excluir el carácter abusivo³⁶⁶.

En consecuencia, entiende el TJ que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Dir. 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical; de hecho, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa *exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva*³⁶⁷, lo que también defendía WAHL³⁶⁸, señalando que en el examen del carácter claro y comprensible del clausulado debe atenderse a todas las circunstancias del asunto concreto y, en particular, la información facilitada al consumidor en el momento de la celebración del contrato, y debe centrarse, además de en el aspecto estrictamente formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las cláusulas y en los nexos que puedan existir entre ellas³⁶⁹.

Según el Tribunal de Justicia, tiene una importancia capital, en la apreciación de abusividad y para el respeto de la exigencia de transparencia, que el contrato exponga de manera transparente el alcance de la cláusula así como su motivación, de forma que

que el consumidor debe contar con la oportunidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas que forman parte de las condiciones generales y de sus consecuencias.

³⁶⁶ Auto *Sebestyén*, aptdo. 34.

³⁶⁷ St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 71 y 72; St. *Matei*, aptdo. 73; St. *Van Hove*, aptdo. 40.

³⁶⁸ Apuntaba que aunque la protección del consumidor, como parte vulnerable, exige necesariamente una interpretación clara y objetiva de los conceptos de objeto principal y de precio previstos en el art. 4.2 Dir. 93/13, también exige que el requisito de transparencia se interprete en sentido amplio, pues dada la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor con respecto al profesional en lo que se refiere al nivel de información, aquel puede tener dificultades para evaluar correctamente las consecuencias de determinadas cláusulas, aunque estas hayan sido redactadas de forma clara desde un punto de vista lingüístico; por tanto, el examen del carácter claro y comprensible de una cláusula no debe limitarse únicamente a la redacción de la misma sino debe apreciarse en función de si garantiza que el consumidor disponga de la información necesaria para poder apreciar las ventajas e inconvenientes de la celebración de un determinado contrato y los riesgos a los que se expone con motivo de dicha operación. El consumidor, según el Abogado general, debe, además de comprender el contenido de una cláusula, conocer las obligaciones y los derechos que esta conlleva; de hecho, para WAHL, los términos “clara” y “comprensible” deben entenderse en ese sentido, pareciendo referirse el primero al aspecto de redacción de la cláusula, y el segundo al conocimiento del alcance exacto de los términos utilizados (vid. WAHL, op. cit., ptos. 80 y 81, y nota 27).

³⁶⁹ WAHL, op. cit., pto. 91. En este sentido, que una “cláusula esté redactada de manera clara y comprensible” supone, según ha declarado la St. *Van Hove* (aptdo. 50), no solo que “*resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él*”.

el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos e inteligibles, las consecuencias de su operatividad en el desarrollo del contrato³⁷⁰. Al examinar judicialmente tal cuestión, se ha de tener presente, entre otros elementos, la publicidad e información proporcionadas por el profesional en el marco de la negociación del contrato, así como el nivel de atención que puede esperarse de un *consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*³⁷¹ (concepto cuya crítica expusimos *supra*) a la luz del entramado contractual en su conjunto, no pudiendo exigirse al consumidor la misma atención en cuanto al alcance de la cláusula en caso de contratos vinculados³⁷².

Esta idea de *comprensibilidad real*, que va más allá de la *formal*, ya fue apuntada por nuestro TS en relación con los elementos principales del contrato, respecto de los cuales la exigencia de transparencia tendría por objeto que el adherente pudiera conocer la carga jurídica y económica que en conjunto el contrato supone para él³⁷³ (para un análisis *in extenso* de la doctrina jurisprudencial nacional que se ha ido desarrollando desde entonces, remitimos *infra*, epígrafe 2.3.2.C).

Ahora bien, aunque según el TJ la transparencia exigible en el art. 4.2 (para que queden exentas de control de abusividad las cláusulas sobre elementos esenciales) y en el art. 5 Dir. 93/13 (para todas las cláusulas propuestas al consumidor) es la misma en cuanto a su alcance –conforme hemos visto antes–, no puede decirse que haya identidad sobre la consecuencia que de la falta de transparencia se extrae de uno y otro precepto. Así, mientras que el defecto de transparencia de una cláusula comprendida en el art. 4.2 supone que la apreciación de abusividad se extiende a ella sin restricción, el art. 5 reconduce el incumplimiento del deber de transparencia a la regla de interpretación *contra proferentem* (siempre que la oscuridad siembre dudas sobre el

³⁷⁰ St. *Invitel*, aptdo. 28 y 30; St. *RWE Vertrieb*, aptdo. 49; St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 73; St. *Matei*, aptdo. 74; St. *Van Hove*, aptdo. 41.

³⁷¹ St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 74; St. *Matei*, aptdo. 75; St. *Van Hove*, aptdo. 47.

³⁷² En este sentido, refiriéndose a la cláusula de un contrato de seguro ligado a contratos de préstamo, señala la St. *Van Hove* (aptdo. 48) que “en el supuesto de que se celebren varios contratos vinculados entre sí, no puede exigirse al consumidor la misma atención en cuanto al alcance de los riesgos cubiertos por el mencionado contrato de seguro que la que se le exige en el supuesto de que hubiera celebrado de manera diferenciada dicho contrato de seguro y los contratos de préstamo”.

³⁷³ SSTs 18.6.2012 (FJ 4º, pto. 3), 11.4.2013 (FJ 2º, pto. 3) y 9.5.2013 (aptdo. 210). Con posterioridad a la St. *Kásler y Káslerné Rábai*, y citándola de hecho, la STS 8.9.2014 (FJ 2º, pto. 8), la STS 24.3.2015 (FJ 3º, ptos. 3 y 5) citando también la St. *Matei*, la STS 29.4.2015 (FJ 14º, ptos. 3 y 4) que además cita la St. *Van Hove*, y la STS 23.12.2015 [FJ 4º, a)] citando las antedichas resoluciones del TS y jurisprudencia del TJ.

sentido de la cláusula³⁷⁴) y además limitando su aplicación al ámbito de las acciones individuales, ya que el inciso final de tal precepto excluye la operatividad de esta regla en el marco del procedimiento de control abstracto.

La razón de que la “sanción” *ex art. 5 Dir. 93/13*³⁷⁵ (interpretación *contra proferentem* de la cláusula oscura) no sea aplicable a las acciones colectivas de cesación reside en impedir que en dicho procedimiento el predisponente pueda alegar una interpretación lo más favorable posible para el adherente evitando así, con este ardid, la nulidad de la cláusula por ser estimada abusiva³⁷⁶. Según el Tribunal de Justicia, la distinción que hace el art. 5 de la Directiva entre acciones individuales y colectivas se explica por la distinta finalidad de ambas: en el primer caso, el juez ha de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato ya celebrado, y siendo así una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a este; en el segundo caso, el juez debe realizar una apreciación *in abstracto* de abusividad de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado, y en este escenario, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede en caso de duda interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos, de modo que una interpretación objetiva permite prohibir con

³⁷⁴ La regla *contra proferentem* supone que la cláusula oscura se entiende incorporada al contrato pero ha de ser interpretada a favor del adherente (consumidor en sede de la Directiva), pero esta solución no procedería cuando la oscuridad de la cláusula sea tal que no admita ningún sentido posible o que no descarte ninguno (SALVADOR CODERCH, P., “Art. 6.2”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [coord.], *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 392), ni en casos en que propiamente no haya una duda sobre el sentido de la cláusula sino una frustración de una expectativa legítima por una cláusula inesperada (PERTÍÑEZ, op. cit., p. 212).

³⁷⁵ Realmente el art. 5, tras establecer el principio de transparencia, no indica cuál es la sanción que reciben las cláusulas que no son claras y comprensibles, lo que ha llevado a que la doctrina se cuestione desde la exégesis de la norma si tales cláusulas no pasan a formar parte del contrato o si deben considerarse abusivas en el sentido del art. 3.1 de la Directiva, ya que la única “sanción” prevista en tal precepto es la interpretación *contra proferentem*, lo cual significa que la cláusula controvertida debe en principio ser acogida aunque no en el sentido que el profesional atribuiría a la misma (MICKLITZ, op. cit., 1999, p. 165). También se ha apuntado que la jurisprudencia alemana y española han usado a veces la regla *contra proferentem* para llevar a cabo un control de contenido encubierto, como dice PAGADOR (op. cit., p. 474), que critica esta práctica por considerar que aquella es una auténtica regla de interpretación; en contra, SALVADOR CODERCH (op. ult. cit., p. 392), para quien la regla *contra proferentem* no es una regla de interpretación en sentido estricto, sino una “regla de defecto” de carácter sancionador y, en tal sentido, una disposición muy parecida a las que se emplean en sede de control de contenido. Para LANDO (“Le clause contrattuali ingiuste nel diritto dei paesi nordici”, en BIANCA, C.M. [dir.], *Le condizioni generali di contratto*, Milán, 1979, p. 262) la técnica consistente en utilizar la interpretación para realizar un control indirecto del clausulado es criticable, ya que el problema debe encararse frontalmente.

³⁷⁶ INFANTE RUIZ, F.J., “¿Qué ocurre cuando el legislador se confía frente a una directiva? Exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto de las condiciones generales”, en *RFDUG* nº 9, 2006, p. 472.

mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores³⁷⁷.

En cambio, el efecto que de la falta de transparencia se deduce del art. 4.2 Dir. 93/13 (apertura del juicio de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales) puede ser aplicable tanto en litigios individuales como colectivos, por dos razones: primera, porque tal precepto, a diferencia del art. 5 de la Directiva, no impone una restricción según el tipo de litigio³⁷⁸; segunda, porque, al contrario que la regla *contra proferentem* (que según el tipo de acción ejercitada puede beneficiar o perjudicar a los consumidores³⁷⁹), dicho efecto es siempre ventajoso para el consumidor, puesto que posibilita la evaluación de abusividad de un clausulado que *a priori* es inatacable.

³⁷⁷ STJ 9.9.2004, *Comisión/España*, C-70/03 (en adelante, *St. Comisión/España*), aptdo. 16. Recordemos que en esta sentencia se condenó a España por un defecto de transposición de la Dir. 93/13 en lo relativo al art. 5, entendiendo que la incorporación al art. 6.2 LCGC era incompleta pues, aunque establecía la regla *contra proferentem*, no preveía una exclusión explícita de dicha regla en el procedimiento de control abstracto. En el Derecho alemán tampoco se excluyó expresamente la aplicación de la regla *contra proferentem* en sede de control abstracto, pero se encuentra consolidada en la jurisprudencia, así como en la doctrina, la afirmación de que en el proceso abstracto no cabe dicha interpretación, sino que se ha de formular una regla inversa: en caso de duda la interpretación típica que se realice debe ser en el sentido *más hostil* (*kundenfeindlichste Auslegung*) para el adherente, pues así no escaparán al control de contenido cláusulas que de otro modo no serían reputadas abusivas. En España no existe una jurisprudencia que establezca una interpretación lo más hostil posible en contra del adherente, pero la naturaleza de las cosas impide la alegación de la interpretación favorable al consumidor en un juicio de control abstracto bajo la arquitectura del sistema español de interpretación de los contratos, como dice INFANTE (op. cit., 2006, p. 491), razón por la cual critica el fallo de dicha sentencia, al suponer un agravio comparativo con respecto a la situación alemana. Así, mientras el § 305 c (2) BGB sigue sin contemplar la inaplicación de la regla *contra proferentem* en el proceso abstracto, nuestro art. 6.2 LCGC tuvo que ser modificado para explicitar la exclusión de tal regla en dicha sede, de hecho, tras la redacción dada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, LMPC), tal precepto termina estableciendo que “*en los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales*” (limitación que también recoge el art. 80.2 TRLCU). Antes de tal modificación, la doctrina española ya sostenía, al igual que la alemana, que en ámbito de control abstracto la cláusula habría de interpretarse en el sentido más beneficioso para el predisponente, para a continuación someterla a control de contenido, de manera que si así entendida no superara dicho control, se daría lugar a la acción colectiva que se hubiese instado (vid. SALVADOR CODERCH, op. ult. cit., pp. 395 y 396, y la doctrina allí citada).

³⁷⁸ Critica esta divergencia GILLES PAISANT: vid. MICKLITZ, op. cit., 1999, p. 167.

³⁷⁹ Su aplicación será beneficiosa si se instase una acción individual, esto es, en sede de control concreto, pero no así en caso de acción colectiva, ya que en ámbito de control abstracto el juez tan solo puede resolver las dudas *típicamente* según la naturaleza de los bienes o servicios objeto del tipo de contrato, y por tanto si la regla *contra proferentem* se aplicase en el mismo sentido que en el ámbito concreto se llegaría al resultado de que superarían el control de contenido cláusulas que, al menos en uno de sus sentidos posibles, no podrían quedar sustraídas a la consideración de abusividad (PAGADOR, op. cit., 1998, p. 101).

B) La exención de contraste de abusividad en el *Soft Law* y en Reino Unido

- *Soft Law*

Recogiendo el testigo del art. 4.2 Dir. 93/13, los PECL contemplan la exención del control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales en su art. 4:110, esto es, el precepto dedicado a las cláusulas abusivas no negociadas individualmente. Así, tras ofrecer en su apartado primero un trasunto de los arts. 3.1 y 4.1 Dir. 93/13, advierte en su apartado segundo que el precepto no se aplica, y por tanto la consideración de abusividad no alcanzará a: a) una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible; b) la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte.

La exención del art. 4:110(2) PECL difiere de la prevista en art. 4.2 Dir. 93/13 en dos extremos: en primer lugar, mientras que la regla de la Directiva se aplica, al igual que el resto de sus disposiciones, únicamente a los contratos B2C, la de los PECL es aplicable a todo contrato con clausulado no negociado individualmente³⁸⁰; en segundo lugar, la transparencia, que en el art. 4.2 de la Directiva se exige para que queden exentas de control de contenido las cláusulas referentes al objeto principal del contrato y la relación calidad-precio, solo aparece en el art. 4:110(2) PECL respecto a la primera hipótesis de exclusión³⁸¹.

Los comentarios oficiales de los PECL se muestran escuetos en cuanto a la regla del art. 4:110(2). Señaladamente se advierte que la misma ha de interpretarse de manera estricta, que su fundamento es evitar la introducción del *iustum pretium* del Derecho canónico, y que a los jueces les está vedado juzgar la relación entre el precio y el objeto principal³⁸². Si nos atenemos a esto pudiera parecer que los PECL se han limitado a asumir tal cual la exclusión prevista en el art. 4.2 Dir. 93/13, contrastando así con el Proyecto GANDOLFI (paralelo al Proyecto LANDO), en la medida en que el CEC ni contiene regla similar ni parece proclive a este planteamiento³⁸³.

³⁸⁰ El art. 4:110 PECL amplía el ámbito de aplicación de la cláusula general de la Dir. 93/13 (art. 3) a los contratos entre particulares y respecto de los contratos mercantiles (*Principios, Partes I y II, "Art. 4:110 – Comentario"*, p. 384).

³⁸¹ Según CÁMARA LAPUENTE (op. cit., p. 49, n. 60) el hecho de que el deber de transparencia no se inserte respecto a la relación calidad-precio obedece a que esta no constituye propiamente una cláusula.

³⁸² *Principios, Partes I y II, "Art. 4:110 – Comentario"*, p. 387.

³⁸³ Vid. en este sentido CÁMARA LAPUENTE, op. cit., p. 51.

Mayor convencimiento en la necesidad de dejar fuera del juicio de abusividad las cláusulas sobre elementos esenciales se percibe en los ACQP y DCFR, en tanto que ambos textos fundamentan tal exclusión del control de contenido, recogida con idéntica formulación en los arts. 6:303(2) ACQP y II.-9:406(2) DCFR³⁸⁴, sobre razones similares a las que ya se apuntaron para justificar la regla del art. 4.2 Dir. 93/13. Concretamente se recogen dos razones –coincidentes– en los comentarios oficiales: por un lado, que un control judicial de dichos elementos resultaría incompatible con las necesidades de una economía de mercado, por otro, que tal control requeriría la aplicación de criterios legales que no existen; ahora bien, se advierte que la situación es diferente si no se cumple el deber de transparencia (establecido en art. 6:302 ACQP y II.-9:402 DCFR respecto a las cláusulas no negociadas individualmente, con independencia de que el contrato sea o no B2C), ya que en caso de que las cláusulas no fueran suficientemente transparentes no tendría lugar una informada decisión de mercado y por tanto sí sería adecuado aplicarles un control judicial³⁸⁵.

Y aunque ambos preceptos carecen de una definición del “objeto principal del contrato”, los comentarios oficiales tratan de arrojar luz al respecto³⁸⁶. Así, se señala que tal excepción vendrá dada, en la mayoría de los casos, por las cláusulas que identifiquen y describan los servicios o bienes a entregar; que se refiere a la “prestación característica” del contrato (al estilo del art 4.2 Convenio de Roma); que se parte de la base de que el objeto principal se ha negociado individualmente, de ahí que la excepción al juicio de abusividad operará siempre que la elección individual no haya sido alterada o modificada por las cláusulas contractuales, y en consecuencia una cláusula que varíe este elemento esencial ya definido por las partes sí sería evaluable, advirtiéndose, por último, que estas consideraciones son igualmente aplicables a las cláusulas que determinan el precio³⁸⁷.

En tanto que los ACQP y DCFR no restringen la consideración de abusividad al clausulado de contratos B2C (al igual que los PECL y al contrario que la Dir. 93/13), la

³⁸⁴ Ambos establecen que *respecto de las cláusulas contractuales que han sido redactadas en un lenguaje claro e inteligible, el control de abusividad no se extenderá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio a pagar.*

³⁸⁵ PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:303”, 2007, p. 242, 2009, p. 327; DCFR, *Full Edition*, “II.-9:406”, p. 646.

³⁸⁶ En este sentido, los comentaristas oficiales del art. 6:303 ACQP reconocen que, aunque era evidente que la calidad de los bienes o servicios objeto del contrato y la adecuación del precio no podían sujetarse a control judicial de abusividad, se discutió si era necesaria una definición más precisa de la excepción referente al *objeto*, y dado que dicho precepto no lo ofrecía se trató de proporcionar en la medida de lo posible por vía de comentario oficial al precepto (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:303”, 2007, p. 241, 2009, p. 326).

³⁸⁷ PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:303”, 2007, p. 243, 2009, p. 328; DCFR, *Full Edition*, “II.-9:406”, pp. 647 y 648.

exención de control de contenido prevista en aquellos es aplicable a todo contrato con clausulado no negociado individualmente; no importa la condición de los contratantes, solo el cumplimiento del deber de transparencia para que queden exentas de control las cláusulas sobre elementos esenciales. En cambio, el FS distingue entre los contratos B2C, en que el juicio de abusividad no se aplica a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio que deba pagarse *siempre que* el profesional haya cumplido el deber de transparencia [art. 78(2) FS], y los contratos B2B, donde nunca se evaluarán dichos elementos [arts. 78(3) FS]; distinción que también hacía la CESL hasta que la *RPE 2014* suprimió –enmienda 153– el original aptdo. 2 del art. 80.

Como puede observarse, PECL, ACQP, DCFR y FS siguen a la Dir. 93/13 en lo que se refiere a permitir la apertura del juicio de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales por su falta de transparencia: los PECL, ACQP y DCFR amplían esta consecuencia a todo contrato con clausulado no negociado individualmente, pues en ellos el deber de transparencia no solo es predicable en contratos B2C; mientras que el FS restringe dicho efecto a los contratos B2C, dado que, al igual que la Directiva, la transparencia tan solo es exigible en dichos contratos, aunque, como ocurre en el DCFR, formula esta obligación sin circunscribirla a la *redacción* del clausulado³⁸⁸, mejorando así la técnica empleada por la Directiva, que ha necesitado ser aclarada por el Tribunal de Justicia³⁸⁹.

Esta consecuencia, que va aparejada a la falta de transparencia del clausulado sobre elementos esenciales y que es común en los textos examinados, resulta aplicable tanto si se ejercitan acciones individuales como colectivas si nos atenemos a que ni la Directiva ni los demás textos la limitan a un ámbito de control, que podría ser concreto o abstracto, al contrario de lo que sucede con la regla *contra proferentem*, cuya aplicación a las cláusulas dudosas por oscuras está excluida en sede de control abstracto por la Dir. 93/13 (art. 5 *in fine*, según vimos antes), exclusión que también se contempla en los ACQP, concretamente en el apartado segundo del art. 6:203, tras establecer en su primer apartado, *imperativamente* y sin el referente de consumo, la interpretación contra

³⁸⁸ En el art. II.-9:402(1) DCFR la transparencia también se exige en la *comunicación* de las cláusulas no negociadas individualmente con cualquier adherente; en el art 80 FS se exige en la *presentación* de las cláusulas no negociadas individualmente con el consumidor, de manera comprensible y *accesible*.

³⁸⁹ Como vimos en el epígrafe anterior, el TJ ha sentado que, a pesar de que la Dir. 93/13 se refiere a la redacción clara y comprensible, el deber de transparencia no se reduce solo al carácter comprensible del clausulado en un plano formal y gramatical, sino que también supone una exigencia de información tal que le permita al consumidor evaluar pros y contras de la contratación.

el proponente de la cláusula no negociada individualmente cuyo significado no está claro³⁹⁰, como también prevé el art. 40.3 CEC³⁹¹.

En los PECL tal interpretación es *preferible* (art. 5:103), al igual que ocurre en los PICC (art. 4.6), prescindiendo ambos del referente de consumo, si bien los primeros formulan la regla sobre la base de la falta de negociación individual, que no se explicita en los segundos³⁹². Por otro lado, el DCFR distingue entre las cláusulas no negociadas individualmente cuyo significado sea dudoso, en cuyo caso se *preferirá* la interpretación contraria a quien las propuso [art. II.-8:103(1) DCFR], y las cláusulas que, aun habiendo sido objeto de negociación individual, se han incluido bajo la clara influencia de una de las partes, *prefiriéndose* en caso de duda la interpretación contraria a los intereses de dicha parte dominante³⁹³ [art. II.-8:103(2) DCFR]; no obstante, se advierte que la regla,

³⁹⁰ El art. 6:203(1) ACQP formula así la regla *contra proferentem*: “Where the meaning of a term is unclear, that term is to be interpreted against the party who supplied it”. Aunque no haga referencia expresa a las cláusulas no negociadas individualmente, la aplicación de la regla se circunscribe a ellas, ya que tal precepto se encuentra en el Capítulo 6 (“Non-negotiated terms”). En los comentarios oficiales se reconoce que esta disposición está basada en el art. 5 Dir. 93/13, pero a diferencia de este, que se refiere a los términos escritos, el art. 6:203(1) ACQP parte de la base de que también existen términos orales no negociados, de manera que a ellos también sería aplicable la regla, que sin embargo está excluida en los procedimientos colectivos de cesación [art. 6:203(2)], siguiendo la fundamentación recogida en el aptdo. 16 de la St. Comisión/España (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:203”, 2007, p. 230, 2009, pp. 234-235). En los procedimientos individuales el art. 6:203 tiene preferencia sobre el art. 6:301 (*unfairness of terms*), de manera que, en primer lugar, la cláusula oscura debe interpretarse de acuerdo con el art. 6:203, y en segundo lugar, el resultado de dicha interpretación está sujeto al *fairness test* del art. 6:301 y ss. ACQP; con todo, se advierte que la regla *contra proferentem* no es aplicable en todos los casos en que la redacción de la cláusula permita diferentes interpretaciones de la misma, sino que se limita a los supuestos en que existan serias dudas después de pasar por los métodos generales de interpretación y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes (PFEIFFER/EBERS, *ib.*, 2007, p. 231, 2009, p. 235).

³⁹¹ Según el cual “en caso de duda, las cláusulas redactadas por uno de los contratantes y que no hayan sido negociadas se interpretarán contra su autor”. Como vemos, el CEC contempla la regla *contra proferentem*, prescindiendo del referente de consumo y de forma imperativa (la interpretación contra el proponente no es preferible sino obligada), para las cláusulas no negociadas ambiguas, al igual que el art. 6:203 ACQP, pero a diferencia de este no excluye su aplicación en litigios colectivos.

³⁹² Dispone el art. 5:103 PECL que “en caso de duda, los términos del contrato que no se hayan pactado de manera individual, se interpretarán *preferiblemente* contra la parte que los hubiera propuesto”. Y el art. 4.6 PICC que “si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se *preferirá* la interpretación que perjudique a dicha parte”. El art. 5:103 PECL se aplica en particular a las condiciones generales redactadas unilateralmente por una de las partes, pero también se puede aplicar a un contrato de adhesión que se haya redactado para una ocasión particular, pero que no sea negociable (*Principios, Partes I y II*, “Art. 5:103 – Comentario”, p. 425). Por su parte, el ámbito en que el art. 4.6 PICC se aplique dependerá de las circunstancias del caso; cuanto menos los términos del contrato en cuestión hayan sido materia de negociación entre las partes, mayor justificación para interpretarlos en contra de la parte que los incluyó en el contrato (PICC, “Art. 4.6 – Comment”, 2010, p. 130).

³⁹³ Esta extensión de la regla *contra proferentem* a las cláusulas negociadas individualmente, basada en la “influencia dominante” de una de las partes, es muy cuestionable a juicio de CANARIS y GRIGOLEIT, para quienes este criterio no es adecuado para resolver el problema y resulta casi paradójico, ya que por

en ambos supuestos, es de aplicación subsidiaria, porque esta dependerá del resultado negativo de una previa interpretación realizada al amparo de las reglas generales establecidas en el DCFR³⁹⁴, y que su función no resulta puramente interpretativa en tanto que constituye una sanción a la obligación de redactar las cláusulas de manera clara y comprensible³⁹⁵. Por su parte, tanto FS como CESL distinguen, con idéntica formulación, entre contratos B2C, donde en caso de cláusula dudosa prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor, salvo que haya sido propuesta por este [arts. 62(1) FS y 61 *ter*, apto. 1, CESL], y contratos B2B, en que existiendo dudas sobre el significado de una cláusula no negociada individualmente –falta de negociación que no se explicita como requisito de la regla *pro consumatore* anterior– prevalecerá la interpretación contraria a la parte que la propuso (arts. 63 FS y 62.1 *bis* CESL). En lo que coinciden todos estos textos es en no contemplar exclusión de la regla *contra proferentem* en sede de control abstracto, que solo está prevista en la Dir. 93/13 (art. 5 *in fine*) y ACQP [art. 6:203(2)].

- **Reino Unido**

Originalmente el art. 4.2 Dir. 93/13 fue incorporado al ordenamiento británico en su primera norma de transposición de la Directiva, esto es, la UTCCR 1994, concretamente en Reg. 3(2)³⁹⁶. Más tarde, la conocida como “*core terms exemption*” pasó con leve variación a la Reg. 6(2) UTCCR 1999, rezando así: “*In so far as it is in plain intelligible language, the assessment of fairness of a term shall not relate (a) to the definition of the main subject matter of the contract, or (b) to the adequacy of the price or remuneration, as against the goods or services supplied in exchange*”. Como vemos, al igual que la regla de la

principio elemental de derecho privado la mera posición dominante de una de las partes es irrelevante si no hay una disfunción en el proceso de negociación ni en el mercado; vid. CANARIS, C.-W./GRIGOLEIT, H.CH., “Interpretation of Contracts”, en HARTKAMP, A.S./HESSELINK, M.W./HONDIUS, E.H./MAK, CH./DU PERRON, C.E., (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 609.

³⁹⁴ En el comentario oficial del art. II.-8:103 DCFR se dice que el margen de aplicación de este precepto es limitado, pues, partiendo de que la regla solo operará cuando el significado de la cláusula es dudoso, se advierte que en muchos casos, si no en la mayoría de ellos, las normas generales de interpretación de los arts. II.-8:101 y II.-8:102 DCFR permitirán llegar a un significado claro de la cláusula en cuestión (DCFR, *Online Edition*, “II.-8:103”, p. 591).

³⁹⁵ CORTADA CORTIJO, N., “Interpretación”, en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, p. 559. Recordemos que el deber de transparencia se recoge en el art. II.-9:402 DCFR para las cláusulas no negociadas individualmente, y que el mismo no se restringe a la redacción del clausulado sino que también se exige en su comunicación al adherente, sea o no consumidor.

³⁹⁶ Que establecía la exención de los *core terms* de la siguiente manera: “*In so far as it is in plain, intelligible language, no assessment shall be made of the fairness of any term which (a) defines the main subject matter of the contract, or (b) concerns the adequacy of the price or remuneration, as against the goods or services sold or supplied*”.

Directiva, la UTCCR dejaba fuera de evaluación a los *core terms* siempre que resultaran transparentes, y a *contrario sensu*, permitía controlar su eventual abusividad cuando se incumpliera el deber de transparencia, que se formulaba en la Reg. 7(1) de manera similar al art. 5 Dir. 93/13³⁹⁷.

Con su informe de 2005, *Unfair Terms in Contracts*, LC/SLC acompañaron el ya citado UCTB, primera propuesta para refundir UCTA y UTCCR³⁹⁸ que, manteniendo la exención de los *core terms*³⁹⁹, no consideraba bastante que el clausulado nuclear fuera transparente para que aquella operase, es más, ni siquiera el requisito de transparencia se formulaba como hasta entonces, yendo más allá de la exigencia de plasmación clara y comprensible *ex* Reg. 7(1) UTCCR y art. 5 Dir. 93/13.

En cuanto a los requisitos de la exención de control en contratos B2C⁴⁰⁰, el UCTB exigía, para la cláusula que definiera el “objeto principal del contrato”, que la descripción fuera (a) transparente y (b) sustancialmente la misma que el consumidor cabría esperar razonablemente [S. 4(2)]; y para la cláusula que estableciese “el precio”⁴⁰¹, que este fuera (a) transparente, (b) pagable en circunstancias que fuesen sustancialmente las que cabría esperar razonablemente el consumidor, y (c) calculado en forma igualmente razonable [S. 4(3)]. Como vemos, la exención no solo se basaba en la transparencia, sino también en el mantenimiento de las expectativas razonables del consumidor acerca del objeto principal del contrato y el precio, puesto que dichas expectativas podían ver defraudadas de no haber coincidencia básica entre cómo se presentaron aquellos y su funcionamiento: si este, en virtud de lo que figurara en el contrato, fuera sustancialmente diferente del que cabría esperar, no operaría la “*core terms exemption*”⁴⁰². Sobre el precio, además, señalaba el UCTB que incluía la

³⁹⁷ “A seller or supplier shall ensure that any written term of a contract is expressed in plain, intelligible language” [Reg. 7(1) UTCCR 1999].

³⁹⁸ En su informe *Unfair Terms in Contracts* (LAW COM n° 292, SCOT LAW COM n° 199, Cm 6464, SE/2005/13, 24.2.2005), THE LAW COMMISSION y THE SCOTTISH LAW COMMISSION (LC/SCL) pusieron de relieve las divergencias entre UCTA y UTCCR y recomendaron la adopción de un régimen armonizado que reemplazara ambos cuerpos legales, conteniéndose al efecto en dicho informe un proyecto de ley sobre cláusulas contractuales abusivas (*Unfair Contract Terms Bill*, UCTB), concretamente en el *Appendix A*, pp. 135-209.

³⁹⁹ De hecho, a excepción de las cláusulas sobre elementos esenciales, cualquier cláusula en contrato B2C, sea o no negociada individualmente, estaba sujeta al “fair and reasonable test” previsto en S. 4(1) y 14 UCTB.

⁴⁰⁰ Para los contratos B2B en que fuera parte una pequeña empresa, el UCTB exigía los mismos requisitos en Reg. 11(3) y (4).

⁴⁰¹ Nótese el cambio de formulación: en Reg. 6(2)(b) UTCCR se hablaba de la “adecuación del precio o remuneración como contrapartida de los bienes o servicios suministrados en cambio”, mientras en S. 4(3) UCTB del “precio a pagar en virtud del contrato de consumo”.

⁴⁰² En este sentido, vid. LC/SLC, op. cit., 2005, p. 33, aptdos. 3.58 y 3.59.

“remuneración” pero no las cantidades eventuales o accesorias al principal⁴⁰³ [S. 4(5) y (6)], que por tanto sí quedarían sujetas a evaluación.

Respecto a la concreción del requisito de transparencia, este solo se entendía cumplido bajo el UCTB si la cláusula (a) estuviera expresada en un lenguaje razonablemente sencillo, (b) fuera legible, (c) se presentara con claridad, y (d) estuviese disponible para cualquier persona que pudiera verse afectada por la cláusula en cuestión [S. 14(3)]. Esta última exigencia para considerar transparente una cláusula se refería a los casos en que la cláusula se fijara, por la parte que pretendía servirse de ella, en un documento que no estuviera físicamente a disposición de la otra parte en el momento de contratar⁴⁰⁴. Y especialmente relevante fue la introducción de la transparencia como elemento a tener en cuenta para valorar si la cláusula era “justa y razonable” [S. 14(1)(a) UCTB]⁴⁰⁵, pues el hecho de que no fuese transparente podía ser el principal, o único, motivo de no superar el *fair and reasonable test*⁴⁰⁶.

El Gobierno británico aceptó las recomendaciones de LC/SLC, pero decidió esperar al resultado de las negociaciones sobre la Directiva de derechos de los consumidores, y dado que finalmente la Dir. 2011/83 no incluyó la parte relativa a las cláusulas abusivas que estaba en principio prevista, el *Department for Business, Innovation and Skills* (BIS) pidió a LC/SLC que actualizaran y revisaran su propuesta, especialmente en lo relativo a las cláusulas exentas de evaluación (*exempt terms*).

Los aspectos más destacados de la revisión en tal área fueron, por un lado, que ya no se seguiría, en cuanto a las cláusulas de precio, la distinción entre principal y accesorio o incidental⁴⁰⁷; por otro, que las cláusulas sobre el objeto principal del

⁴⁰³ Recogía así el UCTB la decisión de la *House of Lords* en *Director General of Fair Trading v. First National Bank*, que distinguía entre *core terms* y cláusulas incidentales o accesorias (*incidental or ancillary terms*). Vid. LC/SLC, op. cit., 2005, p. 34, aptdo. 3.60, y p. 147, nota 16.

⁴⁰⁴ LC/SLC, op. cit., 2005, p. 159, nota 41.

⁴⁰⁵ En efecto, para el *fair and reasonable test* se tendría en cuenta (a) el grado de transparencia de la cláusula, y (b) su sustancia y efectos, y todas las circunstancias existentes al tiempo de contratar [S. 14(1) UCTB]. Para valorar si la cláusula es transparente habría que estar a lo previsto en S. 14(3) –como hemos visto *supra*–, y para decidir sobre la sustancia y efectos de la cláusula y las circunstancias concurrentes el juez debía tener presente los factores enumerados en S. 14(4), que vendría a reemplazar las *guidelines* de Schedule 2 UCTA (LC/SLC, op. cit., 2005, p. 159, nota 42, y p. 161, nota 43).

⁴⁰⁶ LC/SLC, op. cit., 2005, p. 42, aptdo. 3.102, y p. 159, nota 41.

⁴⁰⁷ Como vimos antes, en S. 4(5) UCTB se excluía de la noción de precio las cantidades eventuales o accesorias al principal, de manera que solo la cláusula de precio “principal” quedaría exenta de evaluación (siempre que fuera transparente y respetase las expectativas razonables del consumidor). Con la revisión llevada a cabo, tal distinción desaparece, en línea con la decisión de la *Supreme Court* en el caso *Office of Fair Trading v. Abbey National plc*, donde sostuvo que no cabía evaluar la adecuación del precio, independientemente de que fuera principal o accesorio. Como reconocen LC/SLC en *Unfair terms in*

contrato y el precio quedarían exentas siempre que fueran transparentes y *destacadas*, introduciéndose así junto al requisito de transparencia el de *prominencia*⁴⁰⁸, que exigía que la cláusula se presentara durante el proceso de contratación de tal manera que un consumidor razonable tomase consciencia de la misma, incluso si no leyó por completo el documento contractual, y ello a fin de garantizar que el consumidor fuese consciente del “pacto esencial”, esto es, lo que tendría que pagar y lo que recibirá a cambio⁴⁰⁹.

La propuesta revisada fue sometida a consulta pública mediante un documento de discusión⁴¹⁰, siendo interesante la aportación de la OFT⁴¹¹, que mostró su preferencia por eliminar la exención de los *core terms*⁴¹², y, de mantenerse, entendía insuficiente para eximirlos de control los requisitos de transparencia y prominencia⁴¹³. Terminada la consulta, LC/SLC analizaron las contribuciones a la misma y tras ello hicieron

consumer contracts: a new approach? Issues Paper, 2012, p. 37, cuando hicieron su informe de 2005 (que contenía el UCTB), tomaron en cuenta la postura de la *House of Lords* en *Director General of Fair Trading v. First National Bank* porque era la única guía sobre la aplicación de la Dir. 93/13, pero en 2009 la *Supreme Court* tomó un enfoque diferente en *Abbey National*, rechazando la tesis de que las cláusulas debían dividirse en principales o accesorias a efectos de excluirlas o someterlas a evaluación. Vid. LC/SLC, op. cit., 2012, p. 97, aptdos. 8.38-8.42.

⁴⁰⁸ Se mantenía el requisito de transparencia pero desaparecía el de las “expectativas razonables” que estaba previsto en S. 4(2)(b) y 4(3)(b) y (c) UCTB, sustituyéndose por el requisito de *prominencia*, que para la OFT (op. cit., 2012, p. 16, aptdo. 2.17) no era sino un “plus” de transparencia. Para LC/SLC, la cuestión quedaba más clara de centrarse en cómo se presentó el acuerdo en lugar de lo que un consumidor razonable podría haber esperado, proponiéndose así eximir a los *core terms* de evaluación si fueran transparentes y *prominentes*, en lugar de transparentes y *razonablemente esperados*, no obstante apuntaban que no había diferencia real entre ambos conceptos (LC/SLC, op. cit., 2012, p. 103, aptdo. 8.73).

⁴⁰⁹ LC/SLC, op. cit., 2012, p. 95, aptdo. 8.26. Como dicen LC/SLC (ib., aptdo. 8.27), cuanto más inusual u oneroso sea el término, más prominente tiene que ser, lo cual está en consonancia con la regla general del *Common law* de que una parte debe adoptar medidas para llamar la atención de la otra sobre las condiciones especialmente inusuales u onerosas: vid. *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] 1 QB 433; *Shepherd Homes Ltd v. Encia Remediation Ltd* [2007] EWHC 70.

⁴¹⁰ LC/SLC, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, 25.7.2012.

⁴¹¹ OFT, *Unfair terms in consumer contracts: a new approach? OFT response to the Law Commission Issues Paper*, noviembre 2012.

⁴¹² Según la OFT, ello posibilitaría una mayor simplicidad legislativa, sería coherente con la posición en algunos Estados miembros que no contemplan la excepción, y además garantizaría que los consumidores pudieran desafiar cláusulas que imponen cargas que no cumplen los criterios de equidad (OFT, op. cit., 2012, p. 13, aptdo. 2.8).

⁴¹³ La OFT se mostró partidaria de excluirlas tan solo cuando los consumidores fueran “sensibles” a sus consecuencias, tomando así el concepto de *sensibilidad* desarrollado por SCHILLIG (op. cit., 2011); por ello, cuando LC/SLC plantearon la cuestión de si una cláusula de precio debía quedar exenta de control si fuera transparente y prominente [LC/SLC, op. cit., 2012, p. 122, *question 10.4(1)*], la OFT respondió negativamente, al entender que solo las cláusulas de precio que están genuinamente sujetas a la sensibilidad de los consumidores, y por tanto a la competencia, deberían excluirse de evaluación, siendo insuficiente un lenguaje claro y la propuesta prominencia para garantizar que la cláusula esté sujeta a competencia: vid. OFT, op. cit., 2012, p. 14, aptdos. 2.10 y 2.12, p. 15, aptdo. 2.14, y p. 21, aptdo. 2.26.

recomendaciones al BIS sobre el clausulado en contratos B2C⁴¹⁴, que fueron seguidas sustancialmente por BIS al elaborar el proyecto de ley sobre derechos del consumidor, (*Draft Consumer Rights Bill*⁴¹⁵), concretamente en lo referente a cláusulas abusivas (*Part 2*, S. 64-78, y *Schedules 2-4*); proyecto legal que, publicado en 2013 y tras su recorrido parlamentario –tuvo entrada en *House of Commons* el 23.1.2014–, finalmente vio la luz como *Consumer Rights Act 2015* (CRA), cuya *Part 2* (ahora en S. 61-76) y *Schedules 2-4* se dedican al clausulado abusivo.

LC/SLC recomendaron reformular la “core terms exemption” que se contenía en Reg. 6(2) UTCCR⁴¹⁶, de modo que en la nueva legislación las cláusulas sobre objeto principal del contrato y precio quedaran exentas de control (al que sí se someterían el resto de cláusulas, fueran o no negociadas, conforme al *fairness test*⁴¹⁷) si fueran transparentes y prominentes⁴¹⁸, proponiendo la siguiente redacción⁴¹⁹:

No assessment of fairness shall be made-

- (1) of a term which specifies the main subject matter of the contract; or*
- (2) of the amount of the price, as against the goods or services supplied in exchange, provided that the term in question is transparent and prominent.*

Nótese, por un lado, que respecto al *objeto principal del contrato*, la fórmula prescinde de la referencia a su “definición”, que estaba presente en Reg. 6(2) UTCCR al seguir las palabras del art. 4.2 Dir. 93/13, por considerarse que induce a confusión, y aunque en este contexto la cláusula que “defina” el objeto principal debe entenderse como aquella que lo determina y no simplemente la forma en que ha sido definido, esta idea quedaría mejor expresada como la cláusula que lo “especifica”. Por otro lado, respecto al *precio* también se desecha la referencia a la “remuneración”, por entender que no aporta nada y en cambio puede causar confusión⁴²⁰, considerando que el único

⁴¹⁴ LC/SLC, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, 19.3.2013.

⁴¹⁵ BIS, *Draft Consumer Rights Bill*, BIS/13/925, Cm 8657, 12.6.2013.

⁴¹⁶ LC/SLC, op. cit., 2013, *Recommendation 1*, en p. 15, aptdo. 2.43.

⁴¹⁷ Frente a la postura inicial de LC/SLC, según la cual se apostaba por el *fair and reasonable test* [S. 4(1) y 14 UCTB], en su *Advice to BIS* recomendaron, en cambio, que el *fairness test* de arts. 3.1 y 4.1 Dir. 93/13 debería reproducirse en la nueva legislación (LC/SLC, op. cit., 2013, *Recommendation 22*, en p. 82, aptdo. 6.46), debiendo sujetarse a tal evaluación cualquier cláusula, negociada o no, con la excepción de los *core terms* (ib., *Recommendation 28*, en p. 95, aptdo. 7.66) que fueran transparentes y prominentes.

⁴¹⁸ LC/SLC, op. cit., 2013, *Recommendation 2*, en p. 26, aptdo. 3.59, y *Recommendation 3*, en p. 28, aptdo. 3.79.

⁴¹⁹ Ib., p. 35, aptdo. 3.121.

⁴²⁰ Para LC/SLC es poco probable que la retribución incluya obligaciones no monetarias, pero aunque así fuera no entienden correcto que puedan quedar exentas, ya que es improbable que esté sujeta a competencia una obligación no pecuniaria del consumidor que no conforma el objeto principal, y por tanto recomiendan que la palabra “remuneración” sea omitida en la nueva legislación (ib., p. 48, aptdos. 4.64 y

aspecto importante de la definición de precio es el relativo a “contraprestación monetaria”, conforme a la definición *ex* S. 2(1) *Sale of Goods Act 1979*⁴²¹, pieza legislativa que, junto a UCTA y UTCCR, resultó afectada por la entrada en vigor de la CRA⁴²².

Teniendo en cuenta estas recomendaciones, se plasmó en el proyecto de ley –S. 67(1)– y finalmente en S. 64(1) CRA que una cláusula de *contrato B2C* [S. 61(1) CRA] no estará sujeta a “evaluación de equidad” *ex* S. 62 CRA en la medida en que: (a) *it specifies the main subject matter of the contract, or (b) the assessment is of the appropriateness of the price payable under the contract by comparison with the goods, digital content or services provided under it*. Y en S. 64(2) CRA se establece que tal exclusión solo opera si la cláusula es *transparent and prominent*.

Respecto a los requisitos de transparencia y prominencia, se recomendó por LC/SLC que, para entender cumplido el primero, la cláusula debía estar en términos claros y comprensibles, fácilmente disponible para el consumidor, y, si fuera escrita, debía ser legible⁴²³; y respecto al segundo, para que una cláusula se entendiera destacada habría de ser presentada de tal manera que un consumidor medio fuera consciente de la misma⁴²⁴. Ello tiene sustancialmente reflejo en S. 64(3) CRA, que dispone “*A term is transparent for the purposes of this Part if it is expressed in plain and intelligible language and (in the case of a written term) is legible*”, y en S. 64(4) CRA, al establecer “*A term is prominent for the purposes of this section if it is brought to the consumer’s attention in such a way that an average consumer would be aware of the term*”⁴²⁵.

4.66 –*Recommendation 9*–), contrastando así con su postura inicial, pues, como vimos antes, S. 4(6) UCTB recogía expresamente la remuneración como integrante del precio.

⁴²¹ “A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a *money consideration*, called the price”. LC/SLC señalaron que la misma definición debía aplicarse al precio en este contexto, y por tanto recomendaron que el precio fuese entendido como “*money consideration*” (LC/SLC, op. cit., 2013, aptdos. 4.63 y 4.65 –*Recommendation 8*–).

⁴²² Acerca del impacto que la CRA tuvo en la *Sale of Goods Act 1979* y demás legislación –no solo UCTA y UTCCR, de cuya afectación ya hablamos *supra* en epígrafe 2.2.3–, vid. BIS, *Explanatory Notes - Consumer Rights Act 2015*, 26.3.2015, p. 11.

⁴²³ LC/SLC, op. cit., 2013, *Recommendation 6*, p. 41, aptdo. 4.26.

⁴²⁴ *Ib.*, *Recommendation 7*, p. 45, aptdo. 4.46.

⁴²⁵ Como vemos, la CRA, siguiendo lo recomendado por LC/SLC, sienta la prueba de la prominencia en base al estándar del “consumidor medio”. Para LC/SLC, dicha prueba debe ser objetiva, pues de lo contrario sería muy difícil de aplicar en la práctica, y por ello apuestan por comprobar la prominencia de la cláusula desde el punto de vista del consumidor medio, entendido como aquel “razonablemente bien informado, atento y perspicaz”, concepto utilizado por la legislación europea (LC/SLC, op. cit., 2013, p. 44, aptdo. 4.41, y p. 45, aptdo. 4.44). Y en S. 64(5) CRA se detalla, en consonancia con ello, que el *average consumer* de S. 64(4) significa “a consumer who is reasonably well-informed, observant and circumspect”.

El requisito de transparencia debe cumplirse respecto de todas las cláusulas de un contrato B2C, mientras que el de prominencia solo es relevante para la exención de control de equidad; en otras palabras, cualquier cláusula de contrato de consumo, incluso las menos importantes, deben ser transparentes, pero no todas ellas precisan ser destacadas⁴²⁶, y los *core terms* deben cumplir ambos requisitos para quedar exentos de evaluación. Por ello, mientras la obligación de prominencia se recoge en S. 64 CRA (*Exclusion from assessment of fairness*), la de transparencia aparece ahí para excluir de control a los elementos esenciales pero se formula aparte, con carácter general para las cláusulas de contrato B2C en S. 68 CRA (*Requirement for transparency*), como el deber que tiene el profesional de asegurarse de que las que consten por escrito sean transparentes, disposición que vendría a reflejar la Reg. 7(1) UTCCR, la cual a su vez implementaba el art. 5 Dir. 93/13⁴²⁷.

Por último, destacar que en el texto definitivo de la CRA no aparece la interesante previsión sobre la transparencia, como factor valorativo de control, que se contenía en UCTB. Recordemos que en la propuesta inicial de LC/SLC una cláusula podía resultar abusiva, principal o *exclusivamente*, por su falta de transparencia⁴²⁸, debiendo pues tenerse en cuenta el “grado de transparencia” en la determinación del carácter “justo y razonable” de lo estipulado⁴²⁹ [S. 14(1)(a) UCTB]; pero a raíz de las aportaciones recibidas al documento de discusión que contenía la propuesta revisada, LC/SLC decidieron cambiar de postura, recomendando al BIS mantener en la nueva legislación los factores previstos en art. 4.1 Dir. 93/13⁴³⁰, lo que de hecho se ha terminado reflejando en S. 62(5) CRA⁴³¹.

⁴²⁶ LC/SLC, op. cit., 2013, p. 37, aptdo. 4.5, y p. 45, aptdo. 4.48.

⁴²⁷ BIS, op. cit., 2015, p. 74, nota 330. Según S. 68(1) CRA “A trader must ensure that a written term of a consumer contract, or a consumer notice in writing, is transparent”; como se ve, no especifica qué ha de entenderse por *cláusula* transparente, cosa que sí hace respecto a la *consumer notice* –concepto de incluye un anuncio, sea o no escrito, y cualquier otro tipo de comunicación referido a los derechos u obligaciones entre profesional y consumidor: S. 61(4), (7) y (8) CRA– en S. 68(2) CRA (“A consumer notice is transparent for the purposes of subsection (1) if it is expressed in plain and intelligible language and it is legible”), pero en las *Explanatory Notes* de CRA se remite a la definición ex S. 64 CRA para las cláusulas escritas: legible y en lenguaje claro y comprensible (BIS, ib., nota 328).

⁴²⁸ LC/SLC, op. cit., 2005, p. 42, aptdo. 3.102, y p. 159, nota 41.

⁴²⁹ LC/SLC, op. cit., 2013, p. 83, aptdo. 6.52.

⁴³⁰ Ib., p. 82, aptdo. 6.46, y p. 84, aptdo. 6.60.

⁴³¹ Donde no aparece la transparencia como factor valorativo de abusividad, sino que implementa lo que se disponía en Reg. 6(1) UTCCR, esto es, los factores a tener en cuenta para evaluar la equidad del clausulado ex art. 4.1 Dir. 93/13.

C) La operatividad de la exención en España. Especial referencia al “control de transparencia”

C.I) Discusión nacional previa a la Sentencia del Tribunal de Justicia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*

La posibilidad de controlar en nuestro país los elementos esenciales del contrato ha sido una cuestión analizada por la doctrina aun antes de la promulgación de la LCGC, y por ende antes de que se transpusiera la Dir. 93/13 a nuestro ordenamiento. Sin contar entonces con una normativa específica y unitaria en la materia, se negaba dicha posibilidad desde el fundamento del control de las condiciones generales ⁴³², y con asidero argumental en la originaria LCU⁴³³ así como, fuera de nuestras fronteras, en la AGBG⁴³⁴.

Tras la Directiva 93/13 surgieron iniciativas para elaborar una ley especial sobre condiciones generales, publicándose borradores inspirados en la AGBG, hasta que en 1998 vio la luz la LCGC. A partir de entonces, la disciplina sobre condiciones generales quedó establecida en dos cuerpos normativos: por un lado, la regulación de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y el control de contenido de las mismas se incluyen en la Ley de consumo; por otro, la regulación de las cláusulas predispuestas y de los requisitos de incorporación en todo tipo de contratos se encuentran en la LCGC, quedando esta, en cierto modo, vacía de contenido en sus aspectos sustanciales, ya que idénticas normas se reproducen en la Ley de consumidores. Si el PLCGC no hubiera sido ya de por sí manifiestamente mejorable, el trámite parlamentario que alumbró la LCGC supuso su empeoramiento

⁴³² Se apuntaba que las cláusulas sobre elementos esenciales no podían considerarse condiciones generales y, por tanto, debían quedar exentas de control de contenido; como el fundamento del control es la ausencia de autodeterminación en la adhesión, debe entenderse que se está en presencia de una condición general cuando quepa esperar que el cliente no la ha tenido en cuenta al decidir si contrata, y no cabría sostener tal cosa respecto de los elementos esenciales del contrato (ALFARO, op. cit., 1991, pp. 138 y 139).

⁴³³ Se señalaba que la lista de cláusulas prohibidas del art. 10 LCU contenía solo condiciones accesorias, todo lo más enmascaramientos, por defecto de información, del precio real que el consumidor habría de pagar, lo cual tendría lógica por la remisión que el art. 1.1,II LCU hacía al sistema económico institucional (arts. 38, 128 y 139 CE), que vendría a vedar el control judicial de la relación calidad-precio, y la previsión del art. 10.5 LCU, al establecer que los poderes públicos habrían de velar por la transparencia de los precios, mas no por su equidad (DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores”, en EC, nº 3, dic. 1984, p. 69).

⁴³⁴ Cuyo § 8 restringía el control de contenido a las condiciones que modificaran o complementasen disposiciones legales, lo que suponía excluir de dicho control a los precios y las prestaciones que se ofrecen en el mercado ya que no son objeto de reglas jurídicas; por todos, WOLF, en WOLF, M./HORN, N./LINDACHER, W.F. (eds.), *AGB-Gesetz Kommentar*, Munich, 1999, p. 300. Vid. ALFARO, op. cit., 1991, p. 141, n. 70.

desde el punto de vista técnico; muchas fueron las modificaciones, pero nos vamos a referir a las supresiones, destacando, por un lado, la eliminación del art. 5 c) PLCGC, que contenía la prohibición de las cláusulas sorprendentes, y por otro, la eliminación del párrafo quinto en la redacción propuesta del art. 10 bis 1 LCU⁴³⁵, que decía así: *“Tal apreciación [la del carácter abusivo] no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que los definan se redacten de manera clara y comprensible”*.

Tal previsión reproducía sustancialmente lo dispuesto en el art. 4.2 Dir. 93/13, de manera que su supresión en trámite parlamentario supuso la falta de transposición de dicha regla⁴³⁶, y así, ni la LCGC ni la LCU contemplaban el tratamiento de los elementos esenciales. En efecto, la DA 1ª,3 LCGC añadió un nuevo art. 10 bis a la LCU, cuyo aptdo. 1 (heredero del PLCGC) correspondía a los arts. 3 y 4 de la Directiva pero sin excluir el clausulado sobre elementos esenciales de la apreciación de abusividad. Y tal situación se mantuvo aun con las modificaciones que se fueron sucediendo tras 1998: básicamente, la operada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, se centró en reformas procesales (que, aun siendo notables, por referirse a acciones protectoras, no se acompañaron de otras de índole sustantiva a estos efectos que analizamos), y por la LMPC, que retocó la parte de la LCU atinente a las cláusulas impuestas, empeorándola –aún más–, y la LCGC, introduciendo alguna que otra novedad en el régimen de control de contenido⁴³⁷ pero sin arrojar luz al tema que nos concierne. Y silente al respecto también se mostró el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el vigente TRLCU, suponiendo la derogación de la LCU, que fue más “formal”

⁴³⁵ La DA 1ª PLCGC contemplaba modificaciones en la LCU, y concretamente la nº tres añadía un nuevo art. 10 bis, cuyo primer aptdo. recogía la noción de cláusula abusiva, reproduciendo lo dispuesto en art. 3.2 Dir. 93/13, los factores a tener en cuenta en la apreciación de abusividad, según lo previsto en art. 4.1 de la Directiva, y la exclusión de los elementos esenciales del control de contenido (pfo. 5º), siguiendo al art. 4.2 Dir. 93/13. Vid. BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 78-1, de 5.9.1997, p. 8.

⁴³⁶ Por haber prosperado la enmienda nº 71, del Grupo Federal IU-IC, que abogó por suprimir la regla comunitaria con la siguiente motivación: *“El objeto principal y el precio pueden ser abusivos como es el caso de algunos contratos de préstamo con tipos TAE de más del 30%. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone una gran indefensión de los consumidores y usuarios”* (BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 78-6, de 23.10.1997, p. 38). Según la doctrina mayoritaria, ello se debió a un error en la votación y por tanto se trató de una omisión no voluntaria de dicha regla (CÁMARA LAPUENTE, op. cit., p. 66, y los autores allí citados); en contra, BALLESTEROS GARRIDO, “Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado”, en RDM, nº 256, 2005, pp. 516-518.

⁴³⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, 2008, p. 26.

que real, pues al repetir casi literalmente las expresiones de la LCU, esta quedó, en materia de cláusulas impuestas, fundamentalmente en pie⁴³⁸.

Ante este panorama, la polémica estaba servida: ¿significaba el silencio del legislador que los Tribunales españoles podrían examinar el contenido de las cláusulas atinentes a los elementos esenciales? La interpretación más favorable al consumidor llevaría a responder en sentido afirmativo, pero ¿resultaría ello compatible con el Derecho comunitario? Ciertamente es que, conforme a la jurisprudencia relativa al principio de interpretación uniforme elaborada por el TJUE⁴³⁹, nuestra legislación interna habría de interpretarse al hilo de la Dir. 93/13, y que la previsión de su art. 4.2 parece encaminada a evitar perturbaciones en la libre fijación de los precios, por lo que *a priori* no parecería correcto un control de los contenidos económicos de una de las prestaciones principales de las partes y la congruencia económica entre prestación y contraprestación. Pero también es cierto que la regla de armonización mínima de la Directiva, prevista en su art. 8, da libertad para la intensificación de la protección al consumidor en el ámbito nacional.

Se ha dicho que es lícito no incorporar el límite del art. 4.2 Dir. 93/13, con el objeto de aumentar la protección de los consumidores⁴⁴⁰, si bien la doctrina mayoritaria sostiene que, en este punto, la Directiva no es de mínimos, porque una cosa es que sea factible una protección superior en un ámbito para el que la Directiva establezca un control, y otra bien distinta que quepa aumentar la protección en un campo que aquella quiere y ordena dejar libre de control, siendo inviable esto último y, por tanto, un control de contenido referido a los elementos esenciales del contrato⁴⁴¹. Pero aquí empiezan los matices: ¿quedan excluidas *in totum* del ámbito del control de contenido

⁴³⁸ Más allá del cambio numerológico de las disposiciones, solo la lista de cláusulas abusivas –antes, en la DA 1ª LCU, ahora en los arts. 85-90 TR– y la regulación de la contratación telefónica y electrónica reciben pequeños retoques de interés (CLAVERÍA, op. cit., p. 27).

⁴³⁹ Supone que, en ausencia de efecto directo de una directiva, corresponde a los órganos nacionales interpretar, en la medida de lo posible, las normas nacionales aplicables conforme al espíritu y objetivos de la directiva (LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Valencia, 2002, p. 142).

⁴⁴⁰ Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, en NIETO CAROL, U. (coord.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 485 y 486; CÁMARA LAPUENTE, (op. cit., pp. 58 y 59), quien, no obstante, concluye que sí existe obligación de transponer el deber de transparencia en relación con los elementos esenciales, pues así se extrae de la jurisprudencia del TJ. Partiendo ambos autores de la misma base, esto es, el carácter de mínimos de la Dir. 93/13 respecto al art. 4.2, llegan a conclusiones distintas: CÁMARA (op. cit., pp. 181-183) se decanta por su transposición, DUQUE (ib.) aboga por transformar el silencio legal en una norma favorable al consumidor.

⁴⁴¹ MIQUEL, op. cit., 2002, p. 910.

las cláusulas relativas a los elementos esenciales? ¿Debe seguirse en todo caso la máxima de que dichos elementos *ni pueden, ni deben, ni necesitan ser controlados*⁴⁴²?

La doctrina española es casi unánime respecto a que, pese a la no transposición del art. 4.2 Dir. 93/13, los Tribunales no pueden hacer, en aplicación de la cláusula general de abusividad (art. 82 TRLCU), un control objetivo de precios⁴⁴³, esto es, no podría considerarse abusivo el precio por excesivo o desproporcionado en relación con la contraprestación, estando vedado al juez entrar a cuestionar el cuánto y el cómo del precio (contenido económico del contrato) a estos efectos, el equilibrio objetivamente existente en el contrato de las prestaciones principales, las llamadas *Hauptleistungen*. Pero precisamente por vía interpretativa también puede llegarse a la convicción de que, si los elementos esenciales del contrato han de ser claros y comprensibles, ha de resultar posible enjuiciar si existe transparencia en la descripción de las prestaciones y de su precio (¿qué se le cobra el consumidor y por qué concepto se le cobra?), pues la deficiente información supone terreno abonado para que pueda producirse el abuso. Así, el art. 4.2 de la Directiva no solo excluiría el control de equilibrio objetivo de las prestaciones principales, sino que además contemplaría una obligación de transparencia en la redacción de las cláusulas relativas a los elementos esenciales. Sobre esto caben dos interpretaciones: considerar que dicha obligación es un deber puramente formal de hacer cognoscibles las cláusulas para el adherente mediante una redacción clara y comprensible, o bien entender que existe una relación entre la obligación de transparencia y el control de abusividad de la cláusula.

Según esta última interpretación, el incumplimiento de aquella obligación podría dar lugar a la abusividad de la cláusula si altera el equilibrio subjetivo sobre el precio y el objeto⁴⁴⁴. Así, desde esta perspectiva, el defecto de transparencia podría provocar un desequilibrio entre el bien o servicio que el consumidor está creyendo adquirir y el precio o contraprestación a que está creyendo obligarse, desequilibrio que, en este caso, poseería naturaleza subjetiva; por consiguiente, la norma comunitaria excluiría el control de equilibrio objetivo sobre los elementos esenciales, pero permitiría su control de equilibrio subjetivo a través de la transparencia, ya que, si por un defecto de transparencia en su plasmación documental, no se pueden conocer a primera vista los efectos que la cláusula produce sobre el precio o el objeto del contrato, no habrá sido consentida, sino que será impuesta, pudiendo por tanto ser enjuiciada su eventual

⁴⁴² *Man kann nicht, man darf nicht, man braucht nicht*, como dice la doctrina alemana tradicional.

⁴⁴³ Como recuerda PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales", en AC, nº 17, 2003, pp. 15-29.

⁴⁴⁴ PERTÍÑEZ, op. cit., 2004, p. 137.

abusividad⁴⁴⁵. Esta tesis toma como referencia la jurisprudencia del BGH sobre el deber de transparencia (*das Transparenzgebot*) en la predisposición de las condiciones generales, que, desde finales de los ochenta, hace derivar la consecuencia de la abusividad de una falta de transparencia de las condiciones que inciden en la determinación del precio y contraprestación, lo que supone la quiebra de la tradicional distinción entre el control formal y el control de contenido de las condiciones generales, pues, al consentir un control de contenido de las cláusulas relativas a las prestaciones principales cuando no hayan sido redactadas de manera clara y comprensible, el principio de transparencia se situaría por encima de dichas categorías como una regla que aúna el control de claridad y de razonabilidad (de hecho, se ha dicho que la jurisprudencia del *Transparenzgebot* ha tenido su plasmación en el art. 4.2 de la Directiva⁴⁴⁶), introduciéndose así un *tertium genus* denominado “control de transparencia”.

Considerar que el deber de transparencia pueda ser empleado como parámetro del control de contenido supone un choque frontal contra la interpretación del inciso final del art. 4.2 Dir. 93/13 según la cual la obligación de transparencia, en relación con las cláusulas relativas a las prestaciones principales, no tendría nexo alguno con el juicio de abusividad. Desde esta posición, se ha argumentado que la obligación de transparencia quedaría satisfecha mediante el control de inclusión de los arts. 5 y 7 LCGC⁴⁴⁷, o bien mediante las reglas generales de Derecho contractual contenidas en el Código Civil⁴⁴⁸. Esto supone excluir, en todo caso, las cláusulas sobre elementos esenciales del control de contenido, bien sea reconociendo, al menos, su sometimiento al control de inclusión, bien sea negando directamente la posibilidad de que puedan estar dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre condiciones generales y

⁴⁴⁵ Aclara PERTÍÑEZ (ib., p. 142) que la falta de transparencia no sería suficiente por sí misma para clasificar una cláusula relativa a las prestaciones principales como abusiva, tampoco el mero desequilibrio material en perjuicio del consumidor, pues aun requiriéndose estas dos condiciones, solo podría considerarse como tal si se tiene en cuenta la función de creación de enunciados normativos de una cláusula general como la del art. 10 bis 1.I LCU (cláusula general de abusividad, hoy en art. 82 TRLCU).

⁴⁴⁶ PERTÍÑEZ, ib., pp. 114 y 119.

⁴⁴⁷ Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 141 y 250; en la misma obra, BERCOVITZ, “DA 1ª, 3: Art. 10 bis 1 LGDCU”, p. 764.

⁴⁴⁸ Como la interpretación *contra proferentem* ex art. 1288 CC. Así, ALFARO, op. cit., 2002, pp. 137; más reciente, “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas”, en SALELLES CLIMENT, J.R./GUERRERO LEBRÓN, M.J./FUENTES DEVESA, R. (coords.), *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Valencia, 2010, p. 229, donde, a pesar de reconocer la corrección de la categoría –deber de transparencia–, y con ello la posibilidad de someter a control de “transparencia” las cláusulas predispuestas sobre elementos esenciales, señala que su necesidad es discutible pues la utilización de las reglas generales de derecho contractual es generalmente suficiente.

cláusulas abusivas⁴⁴⁹. Frente a estas posiciones se dice que no es conforme a la Directiva afirmar que hay cláusulas incluidas o excluidas *in totum* del ámbito del control de contenido, pues todas las cláusulas serían susceptibles de ser controladas en su contenido; así, el art. 4.2 Dir. 93/13 establecería una línea divisoria entre dos tipos de cláusulas predispuestas: las que son directamente susceptibles de un control de contenido, y aquellas otras (las relativas a los elementos esenciales) cuya declaración de abusividad, aun siendo posible, se hace depender de un defecto de transparencia en su redacción. La consecuencia de incumplir el deber de transparencia del art. 4.2 sería, desde este entendimiento, la extensión del juicio de abusividad a las cláusulas de contenido económico, para lo que se precisaría valorar si la falta de transparencia es instrumental a un desequilibrio de la paridad económica del contrato en perjuicio del consumidor⁴⁵⁰.

Ahora bien, desde una u otra postura se precisaría establecer un criterio de identificación de una cláusula como verdaderamente conformadora de los elementos esenciales del contrato, y si la fijación de dicho criterio dista mucho de ser fácil, como ha reconocido la propia doctrina⁴⁵¹, ¿cómo podemos esperar una posición uniforme por parte de los Tribunales? En efecto, el debate doctrinal suscitado ante el silencio del legislador español convive con una jurisprudencia titubeante que oscila entre rechazar el control que recaiga sobre cualquier cláusula relativa a los elementos esenciales o excluir dicho control solo cuando estos se regulan estrictamente⁴⁵², aderezado ello con que en la práctica los Tribunales fiscalizan *de facto* los elementos esenciales del contrato, ya directamente (como ocurre en el ámbito del crédito al consumo), ya bajo el expediente de defender que el objeto de control no es la prestación central sino un elemento accesorio en la determinación de la misma⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Las soluciones propuestas, desde uno u otro entendimiento, para dar satisfacción a la obligación de transparencia del art. 4.2 Dir. 93/13, son insuficientes para PERTÍÑEZ: vid. su razonamiento al respecto en op. cit., 2004, pp. 138-142.

⁴⁵⁰ PERTÍÑEZ, ib., pp. 121 y 141.

⁴⁵¹ PAGADOR, op. cit., 1999, p. 287; ALFARO, op. cit., 1991, p. 139; PERTÍÑEZ, op. cit., 2003, p. 27; CÁMARA LAPUENTE, op. cit., p. 110. Una crítica a la manera de trazar la diferencia entre las cláusulas que regulan las prestaciones principales y las que regulan aspectos secundarios de las prestaciones, a efectos de decidir su sumisión o exención del control de contenido, puede verse en CANARIS, op. cit., 2000, p. 329, y JOOST, D., "Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", en ZIP, 40/1996, pp. 1688-1693.

⁴⁵² BLANDINO, op. cit., p. 671. Sobre dicha jurisprudencia vid. CÁMARA LAPUENTE, op. cit., pp. 127-177.

⁴⁵³ Como recuerda CARBALLO, op. cit., p. 18. En términos similares, CARRASCO PERERA, A., "Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores", en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.), *La nulidad de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor, 2007, pp. 182.

Un punto de inflexión en esta polémica fue la ya citada STJ *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, a raíz de la cual pareció haberse zanjado la cuestión de si cabe enjuiciar la abusividad de las cláusulas que regulan los elementos esenciales, sobre todo porque el TS parecía decantarse por tal posibilidad con fundamento precisamente en el fallo del TJ, por lo menos así fue hasta que nuestro Alto Tribunal diera un cambio de tercio, *prima facie* con la STS 18.6.2012, y decididamente con la STS 9.5.2013. Veamos, en primer lugar, la sentencia del TJ⁴⁵⁴, y a continuación los pronunciamientos del TS tras la misma, que a la postre han servido para construir (*rectius*, ir construyendo) jurisprudencialmente el “control de transparencia”.

C.II) Pronunciamiento del Tribunal de Justicia y posteriores resoluciones del Tribunal Supremo

• STJ *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*

En fecha 10.11.2008 el Tribunal de Justicia recibió una petición de decisión prejudicial, cuyo objeto era la interpretación de los arts. 4.2 y 8 Dir. 93/13, dirigida por nuestro TS, mediante auto de 20.10.2008, en el marco de un procedimiento entre Caja Madrid y Ausbanc, relativo a la validez de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés, introducida por dicha entidad crediticia en los contratos de préstamo a interés variable celebrados con sus clientes y destinados a la adquisición de vivienda⁴⁵⁵. Concretamente, el TS decidió suspender el curso del recurso de casación, interpuesto por Caja Madrid contra la SAP Madrid 10.10.2002, que había desestimado el recurso de apelación que dicha entidad presentó contra la SJPI nº 50 Madrid 11.9.2001; planteando al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1ª) ¿El art. 8 Dir. 93/13 debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer, en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el art. 4.2 de la Directiva?

2ª) ¿El art. 4.2 de la Directiva, puesto en relación con el art. 8 de la misma, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a “la definición del objeto principal del contrato” o “a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los

⁴⁵⁴ Lo haremos resumidamente, pues ya tuvimos ocasión de analizarla *in extenso* en “La fiscalización...” (DOMÍNGUEZ ROMERO, op. cit., 2011). Además, en la presente obra ya hemos apuntado algunas aportaciones de esta sentencia, como la aclaración sobre la naturaleza jurídica del art. 4.2 Dir. 93/13, o un primer esbozo de los criterios que permiten definir los conceptos recogidos en dicha disposición.

⁴⁵⁵ Concretamente, la cláusula predispuesta consistía en que el tipo nominal previsto contractualmente, variable por períodos, de acuerdo con el índice de referencia pactado, debía redondearse, desde la primera revisión, al cuarto de punto porcentual superior.

servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible?

3ª) ¿Sería compatible con los arts. 2, 3.1.g) y 4.1 TCE una interpretación de los arts. 8 y 4.2 Dir. 93/13 que permita a un Estado miembro un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por los consumidores y redactadas de manera clara y comprensible, que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida?

De las tres cuestiones planteadas por el TS, las dos primeras recogían, en suma, la polémica existente en España sobre si la Directiva, respecto al art. 4.2, tiene o no carácter de mínimos. Recordemos que la opinión mayoritaria es que su art. 8 no facultaría para adoptar una normativa nacional contraria al art. 4.2, pues esta disposición delimitaría con carácter vinculante el ámbito de aplicación del sistema de protección establecido en la Directiva, excluyendo por tanto cualquier posibilidad de que pueda ser obviada por los Estados miembros.

Lo que aquí estaba en juego era la ampliación del juicio de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales⁴⁵⁶, ya que si el alcance del art. 8 de la Directiva fuera extensible a todo el ámbito regulado por esta, incluido, por tanto, el art. 4.2, no habría obstáculos para un control judicial de su contenido, con independencia de la mayor o menor transparencia en su redacción, siempre y cuando la normativa nacional permitiera garantizar al consumidor una protección efectiva más elevada que la prevista por la Directiva. Y esto es, precisamente, lo que ocurre en España según entiende el TJ; de hecho, la interpretación que hace en dicha sentencia respecto de la falta de transposición del art. 4.2, es que *“en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”* (apts. 41 y 42), y, por tanto, *“al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor,*

⁴⁵⁶ Si bien Caja Madrid entendía que la cuestión de si un Estado miembro podía apartarse del art. 4.2 era irrelevante en el caso examinado, pues tanto Ausbanc como el JPI nº 50 y la AP de Madrid, en sus sentencias de primera y segunda instancia, respectivamente, sostenían que la cláusula de redondeo controvertida no se refería al objeto principal del contrato.

conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta” (aptdo. 43).

Con independencia de que se haya criticado al TJ por interpretar cuál es el Derecho vigente en España⁴⁵⁷, lo que está fuera de toda duda (sin que pueda merecer reproche alguno) es la afirmación hecha por el Tribunal de Justicia respecto a la licitud de socavar el límite del art. 4.2, dado que la posibilidad del controlar las cláusulas ahí previstas garantiza efectivamente un mayor nivel de protección al consumidor⁴⁵⁸; aclarando el Tribunal de Justicia que tal precepto *no puede calificarse de disposición imperativa*⁴⁵⁹, que pudiera impedir a un Estado miembro invocar el art. 8 Directiva para adoptar disposiciones que amplíen el alcance del control de contenido. Por tanto, concluye el TJ (aptdo. 44), dando respuesta conjunta a las dos primeras cuestiones planteadas, que los arts. 4.2 y 8 Dir. 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que autorice un control de abusividad de las cláusulas sobre elementos esenciales, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.

Quedando sentado que el art. 4.2 de la Directiva es una norma de carácter mínimo, todavía faltaba analizar la compatibilidad de un control ampliado con los principios de economía de mercado y libre competencia contemplados por el Derecho primario, ya que sostenía la doctrina mayoritaria que el control de los elementos esenciales no sería posible por incompatible con el TCE y sus fines⁴⁶⁰. Este punto fue examinado por el TJ al pronunciarse sobre la tercera cuestión planteada por el TS, aclarando el Tribunal de Justicia (aptdos. 45-49) que una interpretación de los arts. 4.2 y 8 Dir. 93/13, según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas sobre elementos esenciales, con independencia de su transparencia, no es incompatible

⁴⁵⁷ Así, CÁMARA LAPUENTE, “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 6, 2013, pp. 100-103. Señala este autor que, en base al art. 267 TFUE, el TJ carece de competencia para realizar dicha interpretación, y que posiblemente fue el TS quien lo indujo a creer en ese *status* legislativo.

⁴⁵⁸ Según TRSTENJAK, op. cit., 2009, pto. 55, las disposiciones nacionales que el legislador español ha puesto en vigor hasta la actualidad para adaptar el Derecho interno a la Dir. 93/13 y que no prevén una exclusión del control de contenido de cláusulas contractuales con arreglo al art. 4.2, deben considerarse disposiciones “más estrictas” en el sentido del art. 8 de la Directiva.

⁴⁵⁹ Caja Madrid trajo a colación la STJ 10.5.2001, *Comisión/Países Bajos*, C-144/99 (en adelante, *St. Comisión/Países Bajos*) para defender la imperatividad del art. 4.2 Dir. 93/13, pero el Tribunal de Justicia, en su *St. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (aptdo. 39), señala que no puede deducirse de aquella sentencia que considerase tal disposición como imperativa y vinculante.

⁴⁶⁰ Por todos, MIQUEL, op. cit., p. 910.

con los arts. 2, 3.1.g) y 4.1 TCE, porque estas disposiciones se limitan a indicar unos objetivos políticos de valor programático, de manera que no pueden imponer por sí mismas obligaciones jurídicas a los Estados miembros⁴⁶¹.

El mérito que tiene esta sentencia es *autorizar* decididamente un completo control judicial sobre el clausulado nuclear. Y lo hace derribando pilares que sostenían la tesis contraria: de un lado, la supuesta imperatividad del art. 4.2 Dir. 93/13; de otro, la teórica colisión de dicho control con los fines comunitarios. Por ello, aunque el TJ partiera de la base, errada o no, de que en España (por no transponer aquel precepto) cabe enjuiciar la abusividad del clausulado esencial –de ahí que en su sentencia analice si ello es factible a la luz de la Directiva–, sus conclusiones sobre la *interpretación de los arts. 4.2 y 8 Dir. 93/13* son válidas con independencia de que el silencio legislativo se entendiera en sentido positivo o negativo. Dicho de otro modo: dejaba expedita la vía para que el juez nacional –salvo que el TS o el legislador dijese lo contrario– sancionara como abusiva cualquier cláusula en contrato B2C, y de hecho esto no ha cambiado ni con la STS 9.5.2013 pues, como veremos a continuación, ninguna cláusula, esencial o accesorio, parece escapar a dicho control; lo que ha variado ha sido el criterio del TS, que ha pasado de indicar, al afecto de valorar su eventual carácter abusivo, la futilidad de distinguir si las cláusulas forman o no parte del núcleo contractual, a matizar que respecto a las esenciales ello pasa por examinar su transparencia.

- **SSTS posteriores a la STJ *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*.
La construcción jurisprudencial del “control de transparencia”**

En la primera ocasión que tuvo el TS de afrontar la apreciación de abusividad del clausulado esencial *tras* la STJ 3.6.2010 se mostró decididamente a su favor. Lo hizo en STS 1.7.2010, al pronunciarse sobre la posibilidad de controlar la abusividad de cláusulas relativas al objeto principal del contrato, particularmente las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado⁴⁶². Respecto a tal posibilidad, sostuvo el TS que

⁴⁶¹ En este sentido, respecto a los arts. 2 y 3.1.g) TCE, si cita como ejemplo la St. 24.1.1991, *Alsthom Atlantique*, C-339/89, aptdos. 9 y 10, y en cuanto al art. 4.1 TCE, la St. 3.10.2000, *Échirolles Distribution*, C-9/99, aptdo. 25. Es interesante la alegación de Ausbanc (compartida con los gobiernos alemán y austriaco, como señala TRSTENJAK, op. cit., 2009, pto. 27), al indicar que el modelo económico de libertad de empresa y de libre formación de los precios, de conformidad con los objetivos del art. 2 TCE y con los principios de libre competencia establecidos en los arts. 3.1.g) y 4.1 TCE encuentran sus límites dentro de un Estado social de Derecho en la tutela de determinados intereses generales, entre los que se encuentra la protección de los derechos y de los intereses económicos del consumidor.

⁴⁶² Que el decimonoveno Considerando de la Dir. 93/13 pone como ejemplo paradigmático de cláusula sobre objeto principal del contrato, como apunta CÁMARA LAPUENTE, op. cit., 2013, p. 110, señalando que en esta sentencia no cabe duda de que la cláusula controvertida versa sobre el núcleo contractual, y que en

“una cosa es que los Estados de la Unión no tengan obligación de control del carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles, y otra muy diferente que ese control no sea posible en España”, esto es, nuestro Alto Tribunal declaró abiertamente que sí cabe tal control nacional “ya que: 1) Los límites al control de abusividad impuestos por la Directiva son límites mínimos (...) 2) La norma nacional no ha traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva, y al tratar de las cláusulas abusivas la legislación de consumo no diferencia entre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contrapartida por un lado, y la cláusulas con otro contenido por otro”, aptdo. 74, con cita expresa a la STJ 3.6.210⁴⁶³; añadiendo en su aptdo. 75 que la naturaleza de una cláusula –definitoria o no del riesgo, ergo nuclear en el contrato de seguro– “no ha de suponer obstáculo alguno para la intervención del Estado, por medio de los Tribunales de Justicia, en el control del contenido de las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores a fin de examinar tanto de su claridad y comprensibilidad, como del equilibrio de las prestaciones”.

A dicha sentencia siguieron otras, relativas a las cláusulas de redondeo, donde el TS, citando nuevamente la doctrina del TJ, indicó la irrelevancia de que tales cláusulas formaran o no parte del núcleo contractual, a efectos de valorar su carácter abusivo: SSTS 4.11.2010 (FJ 4º), 29.12.2010 (FJ 5º) y 2.3.2011 (FJ 3º). Parecía, por tanto, que la polémica sobre la posibilidad de enjuiciar la abusividad del clausulado esencial había sido por fin zanjada⁴⁶⁴, pero para sorpresa (y alegría de los detractores, tanto doctrinales como empresariales) de los operadores jurídicos nacionales el TS dio pasos en sentido contrario, primero con la STS 18.6.2012, que hizo afirmaciones

su análisis el TS se decanta claramente por enjuiciar los elementos esenciales mediante el control de contenido con base en la St. Caja Madrid y en la falta de transposición (ib., pp. 107 y 108).

⁴⁶³ Recuerda que en dicha sentencia el TJ afirma que *“no puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”* y que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden *“apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”*.

⁴⁶⁴ Así lo entendimos (DOMÍNGUEZ ROMERO, op. cit., 2011) y entendió parte de la doctrina: CASTILLA CUBILLAS, M., “Sobre la abusividad de las cláusulas de «suelo» hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España”, en RAD, nº 1/2011, versión electrónica, BIB 2011\289, p. 6, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de junio de 2010, en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos”, en RAD, nº 9/2011, pp. 135 y 136; PERTÍÑEZ, “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en AC-M, nº 9/2011, BIB 2011\840, p. 5; BLANDINO, op. cit., p. 673; LYCZKOWSKA, K., “Sentencia de 12 de diciembre de 2011. La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato”, en CCJC, nº 89, 2012, p. 561; CARRASCO, “El «animus revertendi» de lo banal”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 50, 2013 (www.elnotario.es).

diametralmente opuestas a las de la STS 1.7.2010 sin motivar el cambio de criterio⁴⁶⁵ generando así incertidumbre sobre cuál era el criterio válido –no tanto vinculante⁴⁶⁶ ni correcto⁴⁶⁷–, y después con la STS 9.5.2013, donde, al examinar una cláusulas suelo y afirmar que forman parte del precio⁴⁶⁸, expuso una abigarrada fundamentación de la cual podría extraerse una cosa (no cabe controlar la abusividad del clausulado nuclear, sino su transparencia) o la contraria (cabe dicho control cuando no haya transparencia).

⁴⁶⁵ Al TS no le vincula sus propios fallos anteriores (ni siquiera su jurisprudencia precedente, si la hubiere), lo cual es predicable de todos los tribunales, pero, por razón del principio de igualdad, afirma el TC, *todo cambio de criterio debe ser motivado*: “...lo único censurable desde la perspectiva constitucional, y en mérito a la igualdad en la aplicación de la Ley [...] es la falta de motivación del cambio decisorio.... Por ello [...] se dicte otra en la que se aplique el criterio adoptado en la Sentencia aportada como término de comparación o se justifique debidamente el que se siguió en la que aquí se impugna” (STC 8.3.1999, FJ 5). Vaya por delante que, como seguidamente explicaremos, el criterio contrario al mantenido en STS 1.7.2010 no fue determinante para resolver en 2012, pero como fue el propio TS quien, en St. 9.5.2013, encumbró el criterio de STS 18.6.2012 como “cegador” del anterior, si esto hubiera sido realmente cierto, lo mínimo es que se motivara el cambio, no saltar de uno a otro sin explicación alguna.

⁴⁶⁶ Como es sabido, para que la solución plasmada en una STS alcance valor jurisprudencial precisa su reflejo en otra sentencia de la Sala, esto es, hacen falta dos sentencias en la misma línea para sentar jurisprudencia, salvo que la STS se dicte en Pleno. No era lo acontecido entre la STS 1.7.2010 y la STS 18.6.2012, quedando “libres” –en la teoría y en la práctica– los tribunales inferiores para decantarse por uno u otro criterio. Añadir por otra parte que, siendo indudable el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia del TS le atribuye el art. 1.6 CC (SSTC 25.4.1994, FJ 1; 25.9.1995, FJ 5; 30.6.2003, FJ 6; y 24.10.2005, FJ 2, por todas), el carácter vinculante de la jurisprudencia se restringe en puridad a las sentencias estimatorias de recurso de casación en interés de ley, cuyo criterio están obligados a seguir los órganos inferiores en grado del orden jurisdiccional de que se trate: la regla general es que, en virtud de la independencia judicial (art. 117.1 CE), los tribunales inferiores pueden discrepar del criterio sostenido por los superiores, incluida la jurisprudencia del TS, bastando para apartarse de aquel con que motiven su criterio –distinto– mediante un razonamiento fundado en Derecho, posibilidad que no vulnera ni el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 17.5.1993, FJ 2; 27.9.1999, FJ 6; y 21.6.2008, FJ 5, por todas), ni tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el TS al resolver el recurso de casación en interés de ley. Pero incluso este supuesto –excepcional– de vinculación a la “doctrina legal correctora” que fije el TS (STC 14.9.1992, FJ 4), no es de aplicación absoluta, porque, como dice la STC 19.3.2012 (FJ 7), “los Jueces o Tribunales de grado inferior no vienen compelidos sin más remedio y en todo caso a resolver el litigio sometido a su jurisdicción ateniéndose al contenido del precepto legal aplicable que resulta de esa interpretación vinculante del Tribunal Supremo, si estiman que esa interpretación dota al precepto legal de un contenido normativo que pudiera ser contrario a la Constitución”.

⁴⁶⁷ Como dicen CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E. (“El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 7, 2013, versión electrónica, www.revista.uclm.es, p. 15), “a la luz de unos resultados tan desconectados de lo que se espera de un órgano que tiene entre sus funciones crear jurisprudencia, no tiene sentido fundar la corrección de una solución en el número de pronunciamientos en uno u otro sentido”, refiriéndose a las SSTS, anteriores a la de 9.5.2013, sobre el enjuiciamiento del clausulado esencial, expuestas por CÁMARA LAPUENTE (op. cit., 2013, pp. 107 y ss.).

⁴⁶⁸ “Las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato” (aptdo. 189); “se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial” (aptdo. 190).

Lo asombroso es que en dicha STS 9.5.2013 se citaran las sentencias antes señaladas, en los siguientes términos (aptdo. 195): “esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio (...); 663/2010, de 4 de noviembre (...); y 861/2010, de 29 de diciembre, apuntaron, más o menos *obiter dicta* [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio”. Aquí el TS hizo un ejercicio de voluntarismo pasmoso, restándole importancia a la STS 1.7.2010 y dándosela a la de 18.6.2012, cuando resulta que realmente la primera defendió *ratio dicendi* esa posibilidad de control⁴⁶⁹, al partir de la base de que la cláusula controvertida constituía el objeto principal del contrato (como vimos *supra*) y ser decisivo el argumento favorable a su control de abusividad para resolución de motivo casacional (aptdo. 80); mientras que la segunda negó tal posibilidad *obiter dictum*, pues aun partiendo de la misma premisa –cláusula nuclear, interés remuneratorio en este caso– su decisión poco tuvo que ver con tal criterio, ya que este se tornó inocuo al entender el TS que en el caso examinado no era de aplicación la normativa de consumo⁴⁷⁰ y, por tanto, no cabría examinar abusividad alguna, con independencia de que fuera o no esencial el clausulado.

Si el TS pretendía soterrar un cambio de postura, desde luego no lo hizo de forma elegante, porque no es correcto minusvalorar el criterio mantenido en la STS 1.7.2010, como tampoco es cierto que la STS 18.6.2012 lo “cegara”. Con este ardid el TS eludió la *motivación jurídica del cambio* que constitucionalmente se impone a todo tribunal que se aparte de su criterio precedente: no lo hizo, respecto a la sentencia de 1.7.2010, ni en la sentencia de 18.6.2012 ni tampoco en la de 9.5.2013, siendo aún más clamoroso el caso de esta última por tener el mismo ponente⁴⁷¹ y crear *per se* jurisprudencia al haberse dictado en Pleno⁴⁷².

⁴⁶⁹ Frente al carácter de *obiter dictum* que pretende atribuirle la STS 9.5.2013, y que solo sería, si acaso, predicable de las afirmaciones hechas en las citadas SSTS sobre cláusulas de redondeo, de entenderse como no esenciales (sobre lo cual el TS no se pronunció).

⁴⁷⁰ Concretamente porque: a) los clientes no justificaron suficientemente su condición de consumidores; b) las cláusulas controvertidas fueron negociadas (STS 18.6.2012, FJ 3º, 3). Apunta CÁMARA LAPUENTE (op. cit., 2013, p. 111) el “posible” carácter de *obiter dictum* del criterio contrario al juicio de abusividad expuesto por dicha sentencia –por inaplicable *ab initio* la normativa de consumo–; CARRASCO (op. cit., 2013) lo califica tajantemente de “superfluo dictum”.

⁴⁷¹ Tanto en la STS 1.7.2010 como en la de 9.5.2013 el magistrado ponente fue Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

⁴⁷² Conforme al Acuerdo de la Sala 1ª del TS, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal, de 30.12.2011, una sola sentencia plenaria tiene la consideración de jurisprudencia reiterada.

Frente a la posibilidad de controlar la abusividad del clausulado nuclear, con base en la STJ 3.6.2010 y la falta de transposición del art. 4.2 Dir. 93/13 (STS 1.7.2010), la STS 18.6.2012 negó tal posibilidad respecto a la cláusula de interés remuneratorio examinada en este caso, eludiendo citar tal STJ (no la contrasta sino que directamente la obvia) y sosteniendo –ahora– una especie de transposición implícita, que habría tenido lugar, al parecer, al sustituirse la expresión “justo equilibrio de las contraprestaciones”, *ex primigenio* art. 10.1.c) LCU, por la de “desequilibrio importante de derechos y obligaciones” del entonces novedoso art. 10 bis 1 introducido con la promulgación de la LCGC; cambio de formulación que se habría hecho “*en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido*” (STS 18.6.2012, FJ 2º, pto. 2). El problema reside en que, al negar *toda* posibilidad de apreciación de abusividad, supuestamente por impedirlo el art. 10 bis 1 LCU –actual art. 82.1 TRLCU, que mantiene esa expresión–, se estaría rebajando el nivel de protección otorgado por la Dir. 93/13, ya que si bien es cierto que su art. 4.2 *in primis* recoge la exención de control de contenido respecto al clausulado nuclear, *in fine* posibilita tal control cuando dicho clausulado carezca de transparencia.

Por tanto, si, según la STS 18.6.2012, el art. 4.2 habría sido transpuesto, se trataría acaso de una incompleta transposición, pues aunque se defendiese que la redacción del art. 10 bis 1 LCU contenía el “espíritu” de la exención de contraste de abusividad, tal precepto no recogía, ni explícita ni tácitamente, salvedad alguna equiparable al art. 4.2 *in fine* Dir. 93/13⁴⁷³. Es más, el TS no extrae de dicho precepto una eventual apertura del juicio de abusividad al clausulado nuclear por falta de transparencia, sino tan solo la posibilidad de controlar la transparencia de los elementos esenciales con independencia de que el adherente sea o no consumidor, esto es, como un control separado y distinto del propio de la normativa de consumo⁴⁷⁴ y,

⁴⁷³ Apunta ÁLVAREZ OLALLA, M.P. (“No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE”, en AC-M, nº 11/2013, versión electrónica, BIB 2013\468, p. 7) que “*si el régimen de protección del art. 4.2 Directiva 93/13 se puede ampliar, según señala el TJUE (cosa distinta es que nuestro ordenamiento lo haya hecho o no, a pesar de las manifestaciones del citado TJ), lo que no puede hacer el legislador interno es disminuir la protección del mencionado precepto comunitario*”; y CARRASCO PERERA, A./GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (“La doctrina casacional sobre transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 7, 2013, p. 148) que si un Estado “*decide transponer la exoneración del control de los elementos esenciales, igual que hace la Directiva, debe, como ésta, permitir sin embargo que sí se controlen cuando no estén redactados de forma clara, pues lo contrario sería una rebaja del nivel de protección otorgado por aquella*”.

⁴⁷⁴ Señala PLAZA PENADÉS, J., que la STS 18.6.2012 es la primera sentencia que trató de delimitar modernamente el “control de transparencia” como control separado y distinto del “control de contenido”, aun reconociendo que lo hizo como *obiter dictum* (“Delimitación del control de transparencia de las

por tanto, sin conexión con la apreciación de abusividad; dice la 18.6.2012 [FJ 2º, pto. 3.d)] que *“aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1.a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios)”*. Como puede verse, la sentencia sitúa la *sedes materiae* de la transparencia en las normas de inclusión de las condiciones generales –más concretamente, en las disposiciones relativas a los denominados requisitos de redacción⁴⁷⁵–, entendiendo por tanto el control de transparencia como exigencia de la normativa de condiciones generales, cuyo ámbito subjetivo se proyectaría sobre cualquier adherente y el objetivo sobre aquellas condiciones generales que afectasen a los elementos básicos del contrato (entendidos desde un punto de vista material, no solo formal *ex* consentimiento, objeto y causa), siendo la consecuencia de no superarlo la nulidad de la cláusula –no por su eventual abusividad, cuya apreciación no se contempla– y, en la medida que afectase al consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC), la posible ineficacia del contrato⁴⁷⁶.

En esta primera delimitación del control de transparencia que hace el Alto Tribunal, lo relevante, entendemos, no es tanto el énfasis puesto en su proyección sobre los elementos esenciales del contrato (que la STS 18.6.2012 identifica con los conceptos *ex* art. 4.2 *in primis* Dir. 93/13), a diferencia del control de contenido –cuya proyección sobre ellos se niega–, sino la *caracterización de la transparencia como requisito que va más allá de una comprensibilidad formal y gramatical*. La STS 18.6.2012 (FJ 4º, 3) lo expresa así: *“el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte”*.

condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, en DLL, nº 8112, 2013, pp. 12).

⁴⁷⁵ Ha sido habitual en la doctrina defender un tratamiento conjunto de los arts. 5 y 7 LCGC y art. 10.1 LCU (actual art. 80.1 TRLCU) como normas contenedoras de los requisitos de incorporación de las condiciones generales, y dentro de ellas, igual tratamiento unitario de los “requisitos de redacción” [arts. 5.5 y 7.b) LCGC y art. 10.1.a) LCU], cuya finalidad sería facilitar al adherente la efectiva posibilidad de conocer las condiciones generales, exigiendo que su texto sea legible y comprensible para aquel; vid., por todos, DURANY PICH, S., “Arts. 5 y 7”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 268 y 269, 315-317.

⁴⁷⁶ PLAZA PENADÉS, op. cit., p. 13.

Ahondando en esta idea, la STS 11.4.2013 (FJ 2º, 3), tras definir el criterio de transparencia como un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del CC del “error propio” o “error vicio”, señala que el control referido a dicho criterio, al proyectarse sobre los elementos esenciales del contrato, *“tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”*.

Mas donde verdaderamente el TS ha tratado de concretar (cuestión distinta es que lo haya conseguido plenamente) el control de transparencia, ha sido en la STS 9.5.2013. En ella, a diferencia de la STS 18.6.2012, dicho control se sitúa sin ambages en el ámbito de los contratos con consumidores, como añadido al mero control de inclusión –que tiene su proyección natural en la contratación mediante condiciones generales–; de hecho, establece que en dichos contratos existe un “doble filtro de transparencia”: un primer filtro, donde el principio de transparencia se manifiesta en el control de inclusión, concretado en dilucidar (STS 9.5.2013, aptdo. 200) *“si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato [art. 7.a) LCGC], y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”* [art. 7.b) LCGC]; y un segundo filtro, habiéndose superado el primero (transparencia a efectos de incorporación al contrato, tanto B2B como B2C, de las condiciones generales *ex arts. 5.5 y 7 LCGC*; aptdo. 201), donde aquel principio se manifiesta en el control de transparencia propiamente dicho, derivado del TRLCU y enfocado a las cláusulas no negociadas –sean o no condiciones generales– que regulen los elementos esenciales del contrato⁴⁷⁷ –necesariamente B2C–, control que es *“de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”* [aptdo. 215.b)], lo que supone examinar si *“la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación*

⁴⁷⁷ La STS 9.5.2013 rompe con la tesis mantenida por la doctrina científica, según la cual los aspectos básicos del negocio (precio y contraprestación) son siempre objeto de negociación, y lo hace refiriéndose a las condiciones generales, que por definición son cláusulas no negociadas: *“El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación”* [aptdo. 144.a)]. Por tanto, el hecho de que una cláusula verse sobre los conceptos *ex art. 4.2 Dir. 93/13* no excluye *per se* su imposición, de hecho puede ser una condición general –o una cláusula particular predispuesta e impuesta– y sometida a control judicial.

de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato” (aptdo. 211). Por si quedaran dudas sobre cuál es el ámbito del control referido a esta transparencia “cualificada”, el ATS 3.6.2013, dictado en aclaración de la STS 9.5.2013, dijo que esta sitúa la exigencia de “especial transparencia (...) en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores”⁴⁷⁸ (aptdo. 10), y el ATS 3.6.2015 afirmaría después que dicha sentencia “se dictó en el ámbito de la tutela de los consumidores y se aplicaron mecanismos de control de la contratación seriada propios de esa legislación protectora, en concreto, el control de transparencia real” (FJ 3º).

La sentencia diferencia la transparencia *documental* de la cláusula, suficiente a efectos de su incorporación contractual, pero insuficiente para impedir el examen de su contenido, para analizar su abusividad, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente *sustancialmente*⁴⁷⁹ [aptdos. 211 y 215.a)]. Esta otra transparencia –real, sustantiva o sustancial– ha de permitir al consumidor conocer con sencillez tanto la “carga económica” del contrato como la “carga jurídica” en el sentido de definición clara de la distribución de los riesgos derivados de él, según establecía la STS 11.4.2013, lo que recuerda la STS 9.5.2013 (aptdo. 210⁴⁸⁰, que recoge lo dicho por aquella sin citarla, citando erróneamente en su

⁴⁷⁸ Se confirma así el cambio respecto a la STS 18.6.2012, donde, como vimos *supra*, el ámbito objetivo del control de transparencia eran las condiciones generales –referidas a los elementos esenciales– y el subjetivo, por ende, cualquier adherente, fuera o no consumidor; mientras que en la STS 9.5.2013 el ámbito objetivo sería el propio de la Dir. 93/13, reproducido en el TRLCU, esto es, las cláusulas no negociadas individualmente, y por tanto no necesariamente condiciones generales, así como el subjetivo, es decir, consumidores.

⁴⁷⁹ Aunque la STS 9.5.2013 no señale explícitamente a esta sustancialidad, entendemos que se está refiriendo a ello en su aptdo. 215.a) *in fine*, porque de lo contrario caería en contradicción al afirmar que “el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente”. CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO (op. cit., p. 147, nota 15) califican de oscuro el planteamiento del problema que el propio TS se crea así mismo al realizar dicha afirmación. Consideramos que esto (derivado de una infortunada redacción del TS, que no hace distinción expresa de los dos tipos de transparencia) solo se salva como hemos apuntado antes.

⁴⁸⁰ PERTÍÑEZ (“Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, 3/2013, p. 18) entiende que la referencia que se hace en este aptdo. a la carga jurídica –cuyo conocimiento sencillo sería exigible, al igual que la carga económica, por la transparencia cualificada– se debe a un “lapsus” de la sentencia. Y lo entiende así porque él distingue las cláusulas de contenido económico, que identifica con el clausulado nuclear, y la de contenido jurídico, que serían el resto (ib., p. 20); de modo que, a su parecer y desde esta distinción, la sentencia parecería indicar que el plus de transparencia es exigible no solo respecto a las cláusulas económicas –esenciales– sino también jurídicas –accesorias–. Pero, como señalan CARRASCO/CORDERO LOBATO (op. cit., p. 15), este patrón de distinción (también visto por CÁMARA LAPUENTE en op. cit., 2006, pp. 98-108) no es adecuado en este caso

lugar la de 18.6.2012) que, como hemos visto, adopta un enfoque más económico y añade la necesidad de identificar la cláusula que sea nuclear como tal⁴⁸¹: para que el consumidor sea consciente de ello no puede estar enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas, máxime cuando los matices introducidos “en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante” (aptdo. 212). Posteriormente, el ya referido ATS de aclaración señaló que el *resultado* buscado con esta exigencia de transparencia cualificada (un consumidor perfectamente informado) puede ser alcanzado por una pluralidad de medios pero advierte que “no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de *determinadas fórmulas*, tantas veces convertidas en *formalismos carentes de eficacia real*”⁴⁸² (ATS 3.6.2013, aptdo. 13).

El esfuerzo que hace el TS por delimitar conceptualmente la transparencia real y el control a ella referido queda empañado si tenemos en cuenta, fundamentalmente, lo siguiente:

En primer lugar, la STS 9.5.2013 señala que, *como regla general*, la cláusula definitoria del objeto principal no es susceptible de examen de abusividad, y lo justifica en el art. 4.2 *in primis* Dir. 93/13 (aptdo. 192), entendiendo pues operativa en España la exención de control de contenido allí prevista pero sin aclarar si es en virtud de la supuesta transposición implícita –en su caso incompleta, como explicamos *supra*– que apuntara anteriormente la STS 18.6.2012: pudiera parecer que sí por la cita que hace de ella en el aptdo. 195, pero entonces, es decir, aun suponiendo que ahora el TS bendijera que el art. 4.2 *in primis* de la Directiva está presente tácitamente en el vigente art. 82.1 TRLCU, restaría por explicar dónde residencia a nivel nacional el *inciso final* de dicho precepto comunitario, máxime cuando admite que “el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal *no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo*” (aptdo. 191) y que la interpretación a contrario sensu del art. 4.2 *in*

“ya que, aplicado a la cláusula suelo, *el argumento es completamente reversible*: puede considerarse que la cláusula tiene contenido económico, por ser uno de los elementos que sirven para calcular la cifra de interés, pero también puede apreciarse su contenido jurídico, para lo que bastará considerar que su finalidad es distribuir entre las partes los riesgos inherentes a la bajada de tipos, que solo beneficiarían al consumidor por encima del suelo pactado”.

⁴⁸¹ No bastaría que el consumidor conociera la existencia de la cláusula, tampoco que su ubicación le permita percatarse de su importancia (STS 9.5.2013, aptdo. 218), sería preciso que se le revelara como siendo una cláusula que “define el objeto del contrato”, de lo que CARRASCO (op. cit., 2013) extrae, como crítica, que entonces cabría suponer que sería no transparente la cláusula que no delimitara un elemento esencial del contrato pero que el profesional la presentara de tal forma que el consumidor creyera que es un elemento esencial en la determinación del precio.

⁴⁸² Según CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO (op. cit., p. 131 y 132) dicha advertencia la hizo el TS en clara referencia a la normativa sectorial de transparencia vigente, que “al Auto se le antoja generadora de formulismos carentes de eficacia real”, que “no impiden la consideración de la clausula como abusiva”.

fine Dir. 93/13 “es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato *se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible*” (aptdo. 207); en otras palabras, aunque parece claro que el TS entiende operativa, como regla, la exención de control de contenido (art. 4.2 *in primis*), y también la excepción a dicha regla (art. 4.2 *in fine*, contrario sensu), no resulta evidente el anclaje nacional de ambas –regla y excepción–, y esta laguna se encuentra lejos de ser colmada siquiera por la referencia que hace la sentencia al art. 80.1 TRLCU, porque este, ya de entrada, no prevé especialidad alguna relativa al clausulado nuclear, que es la clave de aquellas disposiciones comunitarias.

En segundo lugar, aunque en el art. 80.1 TRLCU difícilmente encontrara acomodo positivo la regla –y su excepción– del art. 4.2 Dir. 93/13, el TS defiende (aptdo. 210) que en las letras *a)* y *b)* de aquel precepto nacional se residencian las *exigencias de transparencia real*, por contraposición a las “exigencias de transparencia requeridas en el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos” (aptdo. 209), lo cual revela un ejercicio de puro voluntarismo –otro más– por dos razones: una, habida cuenta que el TS limita aquellas exigencias al clausulado nuclear, es la ya apuntada falta de previsión distintiva *ex art.* 80.1, que, de paso, llevaría a minusvalorar esa transparencia cualificada al hacerla extensiva a todas las cláusulas –no negociadas individualmente– en contrato B2C; y dos, el art. 80.1 recoge unos requisitos coincidentes con los del art. 5.5 LCGC⁴⁸³ y art. 7.b) LCGC (versión negativa), de modo que si la *sedes materiae* de la transparencia cualificada pretende ser el art. 80.1 TRLCU, estaríamos indiscutiblemente ante la misma sede en que se regulan los requisitos de transparencia simple, con lo cual se da la paradoja de que la cláusula que ha superado el primer filtro de transparencia aún tiene que satisfacer otro estándar –cualificado– que no está formulado en sitio alguno sino en el propio art. 80.1 (como confirma el TS), que *prima facie* ya ha sido cumplimentado por el profesional⁴⁸⁴. Por tanto, se ha de colegir que no existe en el art. 80.1 una exigencia autónoma de transparencia sustancial,

⁴⁸³ Hasta tal punto es así que, por ejemplo, para PLAZA PENADÉS (op. cit., p. 14), el TS podría haber argumentado de forma idéntica pero en base al art. 5 LCGC, como hizo en la STS 18.6.2012. Por su parte, señala SÁNCHEZ MARTÍN, C. (“El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, en *DLL*, nº 8112, 2013, p. 4) que será necesario precisar si el control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la LCGC, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo condiciones generales con independencia de la condición de consumidor del adherente, o si, por el contrario, como parece deducirse de la STS 9.5.2013, se trataría de un *control limitado a los contratos con consumidores*. Añadimos que precisamente esto último es lo que se desprende del ATS 3.6.2013 (aptdo. 10), aclaratorio de dicha sentencia, y del ATS 3.6.2015 (FJ 3º).

⁴⁸⁴ Creándose así una laguna imposible de colmar (CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pp. 134 y 147).

ya que ni se restringe al clausulado nuclear, ni aparece como distinta de la transparencia exigida en la LCGC.

En tercer lugar, la STS 9.5.2013 es críptica sobre las consecuencias de la falta de transparencia sustancial. Si el control a ella referido se fundamenta en el art. 4.2 *in fine* Dir. 93/13 –esto no lo dice la sentencia, sino el ATS 6.11.2013⁴⁸⁵, sobre incidente de nulidad de aquella–, la consecuencia de no superarlo tendría que ser, en coherencia con tal disposición, la apertura del juicio de abusividad al clausulado principal. A esto parece proceder la sentencia (como se intuía o advertía con mayor o menor fortuna en los aptdos. 191, 207, 211 y 215.a), tras considerar que las cláusulas analizadas aun observando los requisitos para su incorporación contractual⁴⁸⁶ no cumplen las exigencias de transparencia sustantiva (aptodos. 223-225), en los FJ 14º y 15º: repasa los consabidos requisitos para la calificación de abusividad (resumidos en aptdo. 233) y factores a tener en cuenta en su apreciación (aptodos. 235-237), matizados estos últimos al tratarse de una acción colectiva de cesación (aptodos. 238 y 246) luego sede de control abstracto, el cual se reconoce como de abusividad –a un “control de abusividad abstracto”, adelanta el aptdo. 234, va a responder la decisión del TS⁴⁸⁷–, y a continuación entra a valorar (aptodos. 251-264) si las cláusulas examinadas, carentes de claridad sustancial, deben ser o no “consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor”, ya que “la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas” (aptodos. 249 y 250) ni tampoco que tal desequilibrio, de

⁴⁸⁵ FJ 4º, 7: “La cuestión relativa a la existencia de un control de transparencia que se añade al mero control de inclusión ha venido determinada en buena parte por el inciso final de este precepto”. Resulta curioso que, mientras el TS *dice* haber construido dicho control en base a tal disposición, PERTÍÑEZ (op. cit., 2013, p. 18) apunte la necesidad de encontrarle un fundamento normativo “toda vez que *ni tan siquiera vale la referencia al art. 4.2 (...) puesto que la obligación de mera claridad y comprensibilidad ha sido –correctamente– trascendida por la STS 9.5.2013*”.

⁴⁸⁶ Para el TS “la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC” (aptdo. 202). Para CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO (op. cit., p. 132) la observancia de la normativa sectorial de transparencia (refiriéndose a la Orden Ministerial 5.5.1994, vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios –en adelante, OTPC–) es lo que, paradójicamente, condena al fracaso a las entidades financieras, pues al incluir las cláusulas en la forma exigida por tal normativa “incurren en algunos de los nichos de no-transparencia que delimita el § 225” de la STS 9.5.2013.

⁴⁸⁷ “Antes de examinar si las cláusulas son contrarias a la buena fe y si causan desequilibrio importante en perjuicio del consumidor (...), habida cuenta de que *nuestra decisión responde a un control de abusividad abstracto*, aunque tome como punto de referencia las concretas cláusulas utilizadas por las demandadas”. Insiste en que, supuestamente, va a llevar a cabo un *control abstracto del carácter abusivo* en aptdo. 246., donde señala que el mismo “no permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente”.

haberlo, sea importante en perjuicio del consumidor (aptdo. 229), descartando así que la no-transparencia sea causa *per se* de abusividad.

Pero finalmente el material suministrado por la sentencia se ciñe a la esfera negativa, eso es, a lo que *no* conlleva la oscuridad sustancial, porque aunque pudiera pensarse, en coherencia con todo lo anterior, que el TS va a realizar un contraste de abusividad *ex art.* 82.1 TRLCU y que de ello dependerá el resultado del fallo –que de tal contraste resultará, en definitiva, que haya o no abusividad, y consiguiente nulidad y cesación–, lo que hace es negar su ilicitud intrínseca (aptdos. 255-262) y, en una suerte de inconcretada ilicitud extrínseca, pasa a determinar la nulidad (FJ 16º) *sin explicar cuál es la regla positiva en que se funda para ello*⁴⁸⁸.

Con lo cual parece que aunque la no-transparencia de una cláusula principal llevara a someterla a control de contenido (si es abusivo por desequilibrio censurable conforme al art. 82.1 TRLCU), tal control resultaría inocuo por innecesario⁴⁸⁹, en la medida en que si aquella es ilícita por circunstancias externas (déficit de información transparente⁴⁹⁰) sobraría analizar su eventual ilicitud interna, convirtiéndose así la no-transparencia en *causa autónoma de nulidad que nada tendría que ver con el desequilibrio que*

⁴⁸⁸ Carencia que, como apuntan CARRASCO/CORDERO LOBATO (op. cit., pp. 17 y 18), ni puede ser subsanada acudiendo al precepto que el TS ofrece como fundamento legal del control de transparencia, esto es, art. 80.1 TRLCU –pues la consecuencia que se deriva de la oscuridad de la cláusula es su no incorporación *ex art.* 7.b) LCGC, de requisitos coincidentes con aquel–, ni tampoco por otros brindados como justificación de la decisión del TS, como el art. 60 TRLCU (PERTÍÑEZ, op. cit., 2013, p. 18), pues este únicamente regula el contenido de la obligación de informar sin establecer las consecuencias de su contravención.

⁴⁸⁹ Cuestión distinta es que el TS se viera obligado a afrontarlo para evitar incurrir en incongruencia omisiva, ya que, al casar la sentencia de la AP, asumió la segunda instancia y con ello la resolución de los recursos de apelación formulados por las entidades demandadas, para lo cual tenía que analizar lo que no había sido valorado por la AP (vid. aptdos. 181 y 249 STS): al asumir la instancia como tribunal de apelación, el TS consideró que existían *otras razones* para estimar en parte la demanda, “*que se encontraban presentes tácitamente en la apelación una vez que se consideraron desacertadas las razones [del JM nº 2 Sevilla] que fundaron la estimación plena de la demanda, y sobre las cuales el Tribunal no podía dejar de pronunciarse pues de hacerlo hubiera incurrido en incongruencia omisiva, ya que habían sido oportunamente planteadas en la demanda y la demandante no podía recurrir en apelación pues su pretensión había sido plenamente estimada en primera instancia* (ATS 6.11.2013, FJ 4º, 15). La demandante pidió la nulidad alegando la abusividad del clausulado, el TS vino obligado (al rechazar la AP el control del carácter abusivo) a examinarla y como el camino para ello pasaba inevitablemente, al tratarse de clausulado principal, por un previo análisis de su transparencia, resultó que *in itinere* encontró otras razones para declarar la nulidad (con “moderación de los rigorismos procedimentales”, según ATS 6.11.2013, FJ 4º, 2), lo que dio lugar a una estimación parcial de la demanda, por cuanto que el fallo del TS no declara una nulidad en todo caso, como pedía la actora, sino únicamente por falta de transparencia (“no se ha dado algo distinto de lo pedido por la parte actora, sino menos de lo solicitado”, justifica el ATS 6.11.2013, FJ 4º, 10).

⁴⁹⁰ Dice la sentencia que las cláusulas “son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos” (aptdo. 256) *ergo*, a contrario sensu, serían ilícitas directamente por falta de transparencia, no derivada “de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información” [aptdo. 293.f)].

*comportase la propia cláusula*⁴⁹¹. En otras palabras, la cláusula sería nula por “oscura”⁴⁹², por haberse ocultado al consumidor el real reparto de riesgos (si no por acción, por omisión del profesional), lo cual presupone que lo dispuesto en la cláusula altera el *aparente* reparto, apariencia no achacable a la propia cláusula, transparente documentalmente –pues en caso contrario se entendería no incorporada sin precisar ya ulterior análisis de transparencia cualificada–, sino al profesional que no ha procurado que resplandezca; y si, *además*, se evidencia que tal reparto (real ocultado) es, por mor de la cláusula, inequitativo, dicha cláusula sería a la postre abusiva⁴⁹³ y por ende, nula por falta de transparencia y *por* abusividad.

⁴⁹¹ CARRASCO/CORDERO LOBATO, op. cit., p. 18. Para PLAZA PENADÉS (op. cit., p. 15) el control de contenido actuaría como refuerzo de la consecuencia jurídica que ya deriva de no superar el control de transparencia, cual es el carácter de cláusula ilícita. CAÑIZARES LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, en RDC, vol. II, nº 3, 2015, pp. 93-94, tras criticar que la sentencia deje sin explicar si la oscuridad sustancial es o no causa automática de nulidad, entiende que la consecuencia de la falta de transparencia no puede ser esa sino “la obligación de traspasar un control de contenido no previsto para el caso, precisamente, de que la cláusula sea clara y transparente. La razón no es otra que lo que está exento de control de contenido [los elementos esenciales] debe someterse a control de consentimiento y viceversa”.

⁴⁹² Aunque la sentencia no diga en qué norma se basa la nulidad (y por ende sin poder descartarse que derive de abusividad, como defiende PERTÍÑEZ, op. cit., 2013, p. 23, si bien reconociendo la ausencia de una correcta argumentación en la sentencia que conecte la no-transparencia con el reproche de abusividad), sí advierte que la declaración de nulidad es por falta de transparencia (fallo, pto. 7º).

⁴⁹³ Así se deduce, no sin dificultad, de la sentencia: tras afirmar la licitud intrínseca de la cláusula (aptdos. 255-262), observa, en atención al real reparto de riesgos (aptdo. 263), que “en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia [...], en los términos contenidos en las cláusulas transcritas [...], dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja” (aptdo. 264); por tanto, la sentencia, acudiendo al contenido de la cláusula (“lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo”, aptdo. 224), extrae del mismo una distorsión sobre lo que era aparente (“de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza”, aptdo. 224, insistiendo en ello el aptdo. 264 *in fine*), y, quedando a la luz la realidad, evidencia que existe un reparto de riesgos desequilibrado. Pero de tal desequilibrio no depende el cese de la cláusula, con independencia de que por ello sea abusiva –y deba eliminarse en consecuencia: aptdos. 276.c) y 293.e)–, ya que como reconoce el aptdo. 296, dicho cese se basa en (o como dice el pto. 7º del fallo, copia de ese aptdo., “declaramos la nulidad de las cláusulas [...] por”) falta de transparencia, eso es, en haber incurrido en las circunstancias descritas en el aptdo. 225 [reproducidas en aptdo. 296, b) – f)], añadiéndose otra más [296.a)], cual es “la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero”, derivada, de nuevo, de la no-transparencia de la cláusula no de esta en sí, pues dicha apariencia no la crea lo dispuesto en la cláusula sino la oferta como interés variable no completada con una información adecuada (aptdo. 218). Esta última circunstancia, unida a lo previsible que para el empresario era la entrada en juego de la cláusula, que convertía el interés variable en mínimo fijo, “constituye uno de los diferentes supuestos de *falta de transparencia y de cláusula abusiva*”, según el ATS 3.6.2013 (aptdo. 17), que evidencia un desequilibrio perjudicial para el consumidor pues “la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses del prestamista” (Auto, aptdo. 18).

Si la contravención a las exigencias de transparencia sustancial no tuviese una sanción propia (sabemos que no es causa *per se* de abusividad, pero *parece* que sí merece reproche directo de nulidad, aunque el TS no especifique su coordenada positiva), el examen a ella referido no sería un control finalista *–rectius*, un auténtico control– sino instrumental de otro (control de abusividad), y entonces el “control de transparencia” no sería más que una “llave de paso”: si no se supera abre paso a valorar el equilibrio de las cláusulas principales carentes de claridad sustancial, si se supera cierra el paso a dicha valoración; luego tales cláusulas no serían abusivas por dicha carencia sino que *podrían* serlo –en su caso– tras incumplir las exigencias de transparencia cualificada, requeridas para eludir su examen de abusividad.

Estas cuestiones no han sido convenientemente abordadas por las SSTS que, hasta ahora, han ido dictándose tras la de 9.5.2013. Así, la STS 26.5.2014, refiriéndose al presupuesto de comprensibilidad de la reglamentación predispuesta (FJ 2º, pto. 5), se limita a citar las SSTS 18.6.2012, 11.4.2013 y 9.5.2013 como resoluciones en que la Sala 1ª *“ha profundizado en el significado jurídico del control de transparencia como un plus u obligación que tiene el contratante predisponente en orden a que la cláusula considerada no solo sea clara e inteligible, gramaticalmente para el contratante consumidor, sino que también resulte transparente tanto en la comprensión de la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión, clara y sencilla, de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado”*. A este pasaje, donde se atisban pinceladas –que no cita expresa– de la STJ Kásler y Káslerné Rábai (dictada un mes antes), se refiere la STS 8.9.2014 al tratar sobre la caracterización del control de transparencia⁴⁹⁴ (FJ 2º, pto. 6): *“el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1.a*

⁴⁹⁴ Al igual que ocurriera en la STS 9.5.2013, el TS entró a valorar el control de transparencia, a pesar de que no se instó expresamente su infracción, vía “debida moderación del rigorismo procedimental”, por considerar “pertinente su examen a tenor de la demanda de solicitud de declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo” (STS 8.9.2014, FJ 2º, 3). Para LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (“La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente”, en DLL, 31.10.2014, documento online, <http://diariolaley.laley.es>) en esta sentencia, recibida con expectación por ser el primer pronunciamiento del TS sobre la cláusula suelo *impugnada vía acción individual* –frente a la colectiva en cuya sede se movió la STS 9.5.2013–, aquel no vino sino a equiparar esencialmente “su visión de la transparencia tanto en las acciones individuales como en las colectivas”.

TRLGDCU) queda *caracterizado como un control de legalidad* en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014” (cursivas nuestras).

Nótese la identificación que ahí hace la STS 8.9.2014 del deber de *transparencia real* con la contratación mediante condiciones generales⁴⁹⁵ (luego ¿sería predicable de las cláusulas de adhesión particular?) y su control como desarrollo del de incorporación (¿acaso no era este el que solo garantizaba la transparencia formal?), no obstante, al referirse al *alcance del control de transparencia* (FJ 2º, pto. 8)⁴⁹⁶, concluye que es “parte integrante del control general de abusividad”⁴⁹⁷ y tira de la interpretación que la St. *Kásler y Káslerné Rábai* hiciera del art. 4.2 Dir. 93/13, que cita con reproducción literal de su aptdo. 75, lo cual es chocante habida cuenta que el “control de transparencia” resulta ignoto por el TJUE y que en la sentencia comunitaria este dice que la exigencia de transparencia, tal como se enuncia en el art. 4.2, *tiene el mismo alcance* que la formulada en el art. 5 Dir. 93/13 (St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 69).

⁴⁹⁵ Además, FJ 2º, pto. 7, STS 8.9.2014: “el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la *comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales* (...) el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de *comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada*”.

⁴⁹⁶ Al respecto establece que tal control “no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. *Este es el alcance que*, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, *contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014*”. El problema de la argumentación del TS reside en hablar de *control de transparencia* y, por tanto, yerra al afirmar que el alcance de dicho control es el previsto en la St. *Kásler y Káslerné Rábai*, pues lo que esta aborda es el alcance de la *exigencia de transparencia*.

⁴⁹⁷ Y en el pto. 4 del FJ 2º señala que el control de transparencia, como “plasmación del principio de transparencia real”, va “*implícito en el marco general del control de abusividad*”. Aquí el TS reconoce “la *conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación*”.

A pesar de ello, el TS *quiere ver* en la jurisprudencia comunitaria un tratamiento del denominado control de transparencia, al afirmar en su STS 24.3.2015 (FJ 3º, pto. 6) que el TJ “ya ha dictado varias sentencias en las que fija con claridad el alcance del control de transparencia que resulta de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE”, cuando la realidad es que ni la St. *Kásler y Káslerné Rábai* ni la St. *Matei* (ambas citadas en FJ 3º, pto. 5) hacen referencia alguna a ese control *sui generis*, sino a la exigencia de transparencia entendida de forma extensiva, sin acotarla al clausulado nuclear ni requerir su identificación como tal. Contrariamente a lo que afirma el TS, cosa que hace para rebatir el reproche de que con la STS 9.5.2013 realizara una labor de “creación judicial del Derecho” y descartar así la procedencia de plantear cuestión prejudicial comunitaria (vid. STS 24.3.2015, FJ 3º, pto. 6), la Dir. 93/13 y la jurisprudencia del TJ que la interpreta no contemplan más control que el del art. 3 –lo que siempre se ha identificado por la doctrina patria como control de contenido– ni una transparencia cualificada para ciertas cláusulas, pues todas, principales y accesorias no negociadas individualmente en contrato B2C, deben ser transparentes formal y materialmente (y es que las accesorias puedan tener una incidencia económica, que, si acaso no tan acusada como en las esenciales, ha de ser comprendida por el consumidor más allá de su intelección gramatical), de ahí que el TJ ponga el acento en el idéntico alcance de la exigencia de transparencia establecida en los arts. 4.2 y 5 Dir. 93/13⁴⁹⁸.

La STS 24.3.2015 señaló en FJ 3º, pto. 3, que: i) la transparencia exigible al clausulado nuclear supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a ser gramaticalmente comprensibles y estar redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio; ii) la falta de *transparencia cualificada* conlleva un desequilibrio sustancial en perjuicio del

⁴⁹⁸ Las SSTJ *Kásler y Káslerné Rábai* y *Matei* no fijan, como dice el TS, el alcance del control de transparencia, sino el alcance de la exigencia de transparencia, que debe entenderse de forma extensiva, esto es, no solo en el plano formal y gramatical sino también respecto al funcionamiento del clausulado y sus eventuales consecuencias económicas para el consumidor, exigible a todas las cláusulas no negociadas en contrato B2C, con el mismo alcance en el art. 5 y en el art. 4.2 Dir. 93/13, aplicándose en cualquier caso, *incluso* (no como un plus excepcional para el clausulado nuclear tal como lo entiende el TS para el segundo filtro de transparencia) cuando una cláusula está comprendida en el art. 4.2 (St. *Kásler y Káslerné Rábai*, apdos. 68-73; St. *Matei*, apdo. 73 y 74). El control de transparencia formulado por el TS fue acusado, en el incidente de nulidad que siguió a la STS 9.5.2013, de *carecer de anclaje legal*, motivo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva para las promotoras de tal incidente (ATS 6.11.2013, FJ 7º, 1); la respuesta fue, tras negar la mayor (“no puede por esta vía realizarse una revisión de la fundamentación jurídica de la sentencia”), y por tanto ya como *obiter dictum*, poco esclarecedora: “la fundamentación de la sentencia cuya nulidad se pide está basada en normas de Derecho interno y de Derecho comunitario, y en la *jurisprudencia* de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (ATS 6.11.2013, FJ 7º, 2).

consumidor (razón que, en opinión del TS, explica que el art. 4.2 Dir. 93/13 conecte esa especial transparencia con el juicio de abusividad⁴⁹⁹), consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra empresa, o una u otra modalidad de contrato, de entre los varios ofertados; iii) las condiciones generales que en contrato B2C definen su objeto principal y la relación calidad-precio pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Exactamente lo mismo se reprodujo después en STS 29.4.2015, FJ 14º, pto. 3 (añade la necesidad de que tales condiciones sean transparentes *“en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá”*), citando a continuación (pto. 4) las SSTJ Kásler y Káslerné Rábai y Van Hove, que, según el TS, vendrían a confirmar la corrección de lo expuesto.

Pero estas dos últimas sentencias del TS que tratan el control de transparencia no despejan con solvencia las dudas que antes apuntamos. En efecto, la simple cita a la STS 9.5.2013 y de esta, a su vez, a la STS 18.6.2012, que hace la STS 29.4.2015 para justificar que no cabe examinar la abusividad del contenido principal del contrato por el desequilibrio que pueda generar pero sí su transparencia (FFJJ 13º y 14º, pto. 3 de ambos), no aporta nada nuevo. En cuanto al fundamento jurídico de dicho control, se resuelve con la mera remisión a la STS 9.5.2013, que, dice ahora la STS 24.3.2015 (FJ 3º, pto. 4), basaba la exigencia de transparencia sustancial –y el control a ella referido– en los arts. 80.1 y 82.1 TRLCU, interpretados conforme al art. 4.2 y 5 Dir. 93/13, y citaba la STJ RWE Vertrieb; a ello tan solo añaden las SSTS de 24 de marzo y 29 de abril de 2015 las citas a las resoluciones del TJ sobre el alcance de la exigencia (que no del control) de transparencia recaídas en su tiempo, esto es, las SSTJ Kásler y Káslerné Rábai, Matei, y Van Hove. Y en cuanto a las consecuencias de no superar ese control, recordemos la afirmación hecha por la STS 9.5.2013 (aptdo. 250) de que la falta de transparencia no supone necesariamente que las cláusulas sean desequilibradas; pues bien, la STS

⁴⁹⁹ Aventurada afirmación del TS, pues la jurisprudencia del TJ que interpreta dicha Directiva a lo sumo vendría a considerar la transparencia, *no restringida al clausulado principal ni al aspecto sustantivo*, como un elemento o criterio independiente integrante del test de abusividad, junto con la buena fe y el equilibrio: cfr. TRSTENJAK, op. cit., 2012, pto. 62, y refiriéndose a las SSTJ Invitel y RWE Vertrieb, SCHILLIG, op. cit., 2013, pp. 10 y 114 (vid. *supra* notas 320 y 321).

24.3.2015 señala (FJ 7º, pto. 2) que “tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, *excepcionalmente*, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente” (cursiva nuestra), *ergo* sigue descartándose que la oscuridad sustancial sea causa *per se* de abusividad, pero se admite que solo en casos residuales no llevará aparejado un desequilibrio abusivo. Mas frente a esta mera “presunción” de abusividad en la oscuridad sustancial, la STS 29.4.2015, tras decir que “*las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales*” (FJ 11º, pto. 2), considera que la cláusula enjuiciada no es transparente y afirma sin ambages que “*por tal razón ha de apreciarse su carácter abusivo y declararse nula*” (FJ 14º, pto. 6).

Como vemos, la construcción del *control de transparencia* por vía jurisprudencial nacional deja, por ahora, bastante que desear (deseo enfocado a la seguridad jurídica, ante deficiencias omisivas y objeciones sustantivas), y precisará de ulterior desarrollo⁵⁰⁰. Mientras tanto, la doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala 1ª, que abarca desde la STS 9.5.2013 hasta la STS 29.4.2015 y que –meramente– recopila, como último exponente, la STS 23.12.2015 (FJ 4º, aptdo. a), ha traído dos consecuencias:

La primera, con la que convenimos por su compatibilidad con la jurisprudencia comunitaria (que no coincidencia en la formulación patria de ese control *sui generis*), es la conceptualización de la transparencia como una exigencia que no se puede abordar desde la reducción al redactado externo del texto de una cláusula, sino desde la amplitud de la información facilitada y suministrada al cliente en los actos previos y simultáneos a la contratación y en el mismo texto del contrato y sus cláusulas.

La segunda es haber sentado la operatividad en España del art. 4.2 Dir. 93/13 – tanto la regla de exención de control como su excepción–, lo cual hay que creer cual dogma de fe mientras no se ofrezca un razonamiento más allá de su simple cita (al modo del TS) o se plasme en nuestro ordenamiento, y esto último, ni siquiera después de la STS 9.5.2013, se atisba en el horizonte: la inexistencia de un pronunciamiento

⁵⁰⁰ El propio Magistrado ORDUÑA MORENO, en el voto particular que formuló a la STS 25.3.2015 (y al que se adhirió el Magistrado O'CALLAGHAN MUÑOZ), reconoció que el control de transparencia en las condiciones generales es una figura sujeta a elaboración o desarrollo jurídico. Concretamente en su FJ 1º, señala que la caracterización y alcance de dicho control en el marco de la doctrina jurisprudencial se está llevando a cabo “*desde una progresiva construcción del fundamento técnico de su respectiva aplicación*”.

legislativo expreso mediante la Ley 1/2013 pudiera *acaso* excusarse por su coetaneidad⁵⁰¹, que no es predicable (y por ende inexcusable en base a una cercanía temporal respecto de dicha sentencia) de la citada Ley 3/2014, que vendría a ser una prueba más del “error” –si es que la falta de transposición del art. 4.2 se debió a un despiste de votación en la tramitación parlamentaria que alumbró la LCGC, como dice la doctrina– *que nunca se remedia*⁵⁰². Es más, si llega a cristalizar algún día la PMCC, tendríamos una disposición explícita que salvara del control de contenido el núcleo contractual, esto es, la “regla” de exención, pero sin correlativo reflejo de su “excepción”, pues el art. 1262.2 PMCC recoge aquella mas no esta última⁵⁰³.

2.5. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

Plantear la posibilidad de controlar el clausulado abusivo *sin restricción* arrastra anatema desde que viera la luz la Directiva 93/13, debido al alumbramiento –que no concepción– de una noción de cláusula abusiva anudada a la falta de negociación individual y a términos *a priori* “intocables” (referidos al precio y características básicas

⁵⁰¹ Téngase en cuenta que entre el dictado de la sentencia y la publicación de la Ley 1/2013 mediaron cinco días, lapso insuficiente en abstracto para suscitar un debate en trámite parlamentario, pero desde marzo ya se conocía *públicamente* el fallo del TS –no su fundamentación–, que fue insólitamente adelantado por una nota de prensa del Poder Judicial (accesible en www.poderjudicial.es, noticias judiciales, 20.3.2013), donde, a falta de redactarse la sentencia, se señalaba que el TS había estimado parcialmente el recurso de casación, declarando nulas las cláusulas controvertidas por falta de transparencia.

⁵⁰² Si hubiera habido voluntad política para una traslación legal de la tesis del TS, o su correlativo negativo, inmejorable ocasión para demostrarlo existió con la Ley 3/2014, que, como ya sabemos, vino a transponer la Dir. 2011/83, cuyo art. 32 –mediante la adición del art. 8 *bis* a la Dir. 93/13– daba expresamente la posibilidad de extender la evaluación de abusividad a “la adecuación del precio o de la remuneración”, con tal de que tal extensión nacional se informara oportunamente a la Comisión. Es de justicia mencionar que en la tramitación parlamentaria que alumbraría la Ley 3/2014 se propuso una enmienda, que no prosperó, consistente en introducir un tercer apartado en el art. 1 LCGC, rezando que “*entran dentro del ámbito de aplicación de esta ley las cláusulas relativas a cualquier elemento principal del contrato que suponga una alteración en el precio de la oferta que defraude las expectativas del consumidor sobre el mismo*”, y cuya justificación era que “*las propuestas de modificación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en su artículo 1.3 no se refieren a un control de adecuación o equilibrio del precio, si el precio es o no justo. Este control lo es de la estipulación contractual donde recoge el precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar el consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico inicial que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó*” (enmienda nº 75, Grupo Parlamentario Mixto, en BOE Serie A, nº 71-2, 11.2.2014, p.56).

⁵⁰³ Salvo que llegara a modificarse, el art. 1262.2 PMCC reza así: “*el carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa*”. Como vemos, *in primis* recoge una formulación de la regla de exención *ex* art. 4.2 Dir. 93/13, pero no la excepción a dicha regla tal como hace el inciso final del precepto comunitario (en su lugar, el art. 1262.2 PMCC refleja lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva), con la consiguiente rebaja del nivel de protección otorgada por aquel.

del producto o servicio en contrapartida) bajo el entendimiento de que estos siempre se negocian. Lo primero –restricción al clausulado no negociado– fue fruto de un cambio de postura del legislador comunitario, que al final incorporó esa veda al control de abusividad por la presión de la doctrina alemana y las asociaciones empresariales; lo segundo –restricción, matizada, respecto del clausulado principal– se sustenta en un dogma socavado, como implícitamente reconoció el Tribunal Supremo refiriéndose a las condiciones generales⁵⁰⁴, que por definición patria son cláusulas no negociadas, y como atestigua la realidad práctica, donde por regla es mera ilusión la no imposición del *real* precio a pagar por un bien del que solo se perciben sus características más atractivas: en tanto que el coste final difiera del (re)presentado no puede decirse que haya sido verdaderamente negociado ni que la adquisición haya respondido a una efectiva relación calidad-precio. socabado

Si el clausulado nuclear debe quedar exento de control (siempre, cómo no, que sea transparente) para garantizar la economía de libre mercado y la autonomía de la voluntad, tal como alegaron los influyentes BRANDNER y ULMER contra la ausencia de tal previsión en la propuesta inicial de Directiva de 1990, habría entonces de convenirse que, si no se alcanzaran esos loables objetivos, quedaría la exención desnuda de su finalidad o, si se prefiere, sería percibida como instrumental de intereses ajenos a los consumidores. En el ejercicio dialéctico propuesto debe partirse del contexto de la contratación seriada y, en consecuencia, tenerse presente, como dice MIQUEL, que las condiciones generales relevan, si se analizan a fondo como fenómeno social, gravísimas objeciones a la teoría liberal de los contratos, porque su admisión trae consigo imposiciones de contenido contractual inconciliables con la libertad contractual⁵⁰⁵; contradicción que ya fue advertida tempranamente por autores como DUGUIT, quien expresara los problemas que los contratos de adhesión presentan frente a la autonomía de la voluntad, especialmente del adherente⁵⁰⁶.

El Mercado, a su vez, se muestra incapaz de solucionar esos problemas⁵⁰⁷. Y existiendo consenso en que la economía de libre mercado solo se garantiza cuando no

⁵⁰⁴ En la famosa STS 9.5.2013, aptdo. 144.a).

⁵⁰⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, en ARELLANO GÓMEZ, F.J./DÍAZ GÓMEZ, M.J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, p. 32.

⁵⁰⁶ DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, 1920, p. 142; reimpresión en Pamplona, 2006.

⁵⁰⁷ Como bien señala, vía análisis empírico, SALAZAR, D.F. (“Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos de Adhesión”, en *ALACDE Annual Papers*, California, 6.1.2006, accesible en <http://escholarship.org/uc/item/3mk2r7vb>, p. 62), en un mercado incapaz de corregir los contratos ineficientes cuando existe información asimétrica entre predisponentes y adherentes, el resultado que cabe

haya adulteración de la competencia, en la práctica esta se plasma en quien oculta mejor, bajo el clausulado “intocable”, las ventajas inconfesables: dado que los oferentes asumen que el precio del bien o servicio es, junto a la calidad asociada, atributo visible para el cliente, la competencia les fuerza a predisponer e imponer cláusulas invisibles y favorables para ellos, luego no tienen incentivos para hacer ofertas eficientes, al contrario, están obligados –para evitar ser expulsados del mercado– a realizar un mejor enmascaramiento que el de sus rivales, pues todos lo hacen en mayor o menor medida. Los consumidores caen así irremediabilmente, por la asimetría informativa, en el fenómeno de la selección adversa que formuló AKERLOF, idea que aplicó GOLDBERG al campo de los contratos de adhesión y desarrollara SCHILLIG respecto al clausulado abusivo. Pretender que esa falla del mercado se salve vía transparencia es desconocer – o no querer ver– que los contratos cristalinos resultan desplazados por otros opacos cuyos términos visibles son los atractivos para el consumidor, e invisibles los que aseguren un margen que permita al oferente sobrevivir en un mercado que solo es idealmente competitivo.

esperar es que a estos últimos se les ofrezcan contratos de adhesión con combinaciones de precio y calidad en que se brinda la mínima calidad posible asociada a un precio óptimo, lo que constituye una limitación del ejercicio de su libertad contractual.

Capítulo 3

CONTROL DE OFICIO. SANCIONES Y CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD

3.1. CONTROL DE OFICIO DEL CARÁCTER ABUSIVO

Desde el primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la Dir. 93/13, este puso las bases de la instauración de un *control de oficio* sobre la abusividad del clausulado predispuesto al consumidor –esto es, fuera de los supuestos en que sea este, como actor, quien inste *ab initio* la declaración del carácter abusivo–, que se ha ido perfilando a medida que se planteaban peticiones de decisión prejudicial por los jueces nacionales, destacadamente los españoles, hasta el punto de que la doctrina comunitaria ha tenido un gran impacto en nuestra legislación, especialmente procesal, por la necesidad de corregir los déficits de protección del consumidor percibidos en ella por el TJ. Expondremos en primer lugar una visión panorámica del tratamiento dado por la jurisprudencia del TJ a esta cuestión, para a continuación ver su traducción en nuestro ordenamiento con *carácter general*. Respecto a las cláusulas de sumisión expresa, sobre las que existen dificultades de aplicación práctica de la doctrina comunitaria, derivadas de la regulación dada por nuestra ley procesal a la competencia territorial, remitimos a su análisis posterior (epígrafe 4.3.1.A).

3.1.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el examen *ex officio* de las cláusulas abusivas

A) De la inicial atribución *facultativa* a *deber judicial*

La inauguración de lo que sería la doctrina comunitaria acerca del control *ex officio* del carácter abusivo coincidió con la primera ocasión en que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la Dir. 93/13; hablamos del año 2000 y de su St. *Océano Grupo Editorial*¹, dictada en resolución de cuestión prejudicial planteada por el JPI nº 35 de Barcelona², preguntando este, en el marco del antiguo juicio de cognición, si el

¹ Para un comentario a la misma, con acento en su carácter novedoso, vid. PAISANT, G./CARBALLO FIDALGO, M., “Première interprétation par la CJCE de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives”, en JCP. G, nº 15-16, 2001, pp. 768-772.

² Mediante autos de 31 de marzo (asuntos C-240/98 y C-241/98) y 1 de abril de 1998 (asuntos C-242/98, C-243/98 y C-244/98). Téngase presente que el litigio tuvo su origen en hechos posteriores a la expiración del plazo transposición de la Dir. 93/13 *sin que ésta se hubiera adaptado a nuestro ordenamiento* (lo cual tendría lugar con la LCGC, de 13.4.1998); no obstante, según la jurisprudencia comunitaria, cuando el juez

ámbito de protección dispensado por la Directiva *permite* al juez nacional apreciar de oficio la abusividad de una cláusula (en este caso atributiva de competencia) al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda. En dicha sentencia el TJ declaró por vez primera que el juez nacional *puede* realizar dicho examen de oficio, y lo justificó (aptdos. 26-29) sobre la base de que la situación de desequilibrio existente entre consumidor y profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato³, de manera que tal *facultad* constituye un medio idóneo para: *a)* alcanzar el resultado señalado por el art. 6 Dir. 93/13 –impedir que el consumidor quede vinculado por cláusulas abusivas–, que, de hecho, no podría lograrse, con el consiguiente déficit de protección efectiva del consumidor, si este estuviese obligado a plantear por sí mismo la abusividad del clausulado⁴; *b)* ayudar a que se logre el objetivo contemplado por el art. 7 de la Directiva, pues dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos B2C⁵. Como diría tiempo después el TJ (año 2015), a fin de garantizar ese efecto disuasorio, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva no pueden quedar supeditadas a que tal cláusula se aplique o no en la práctica, luego la circunstancia de que no llegara a aplicarse no se

nacional aplique el Derecho interno, *ya sean disposiciones anteriores o posteriores a una Directiva*, debe interpretarlo haciendo todo lo posible para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva en cuestión (SSTJ *Marleasing*, aptdo. 8; *Wagner Miret*, aptdo. 20; 14.7.1994, *Faccini Dori*, C-91/92, aptdo. 26; *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 32). Como el Derecho nacional vigente en la fecha de los hechos era la LCU en su versión original, el juez debía interpretar sus disposiciones –concretamente, art. 10, aptdos. 1.c) y 4– conforme a la Dir. 93/13 aunque no estuviera aún transpuesta.

³ Idea después reiterada en las SSTJ 24.1.2002, *Comisión/Italia*, C-372/99, aptdo. 14; 26.10.2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 (en adelante, *St. Mostaza Claro*), aptdo. 31; 6.10.2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08 (en adelante, *St. Asturcom Telecomunicaciones*), aptdo. 31; VB *Pénzügyi Lízing*, aptdo. 48; *Banco Español de Crédito*, ya citada, aptdo. 41.

⁴ Citando la *St. Océano Grupo Editorial*, la Abogada General KOKOTT, J., en el pto. 45 de sus *Conclusiones en el Asunto C-32/12, Soledad Duarte Hueros contra Autociba, S.A., y Automóviles Citroën España, S.A.* (28.2.2013, ECLI:EU:C:2013:128), razona que la situación de desequilibrio que se da en el momento de la celebración del contrato solo puede superarse mediante la intervención de un tercero, pues “*por regla general, el consumidor no sabe juzgar si una cláusula es o no abusiva. Si se le exigiera ese conocimiento y se le impusiera la carga de invocar la nulidad de la cláusula, peligraría el cumplimiento de la Directiva 1993/13*”.

⁵ Argumenta KOKOTT (op. ult. cit., pto. 46) que “*La Directiva 1993/13 solo puede cumplir dicha función disuasoria si a las empresas no les «trae cuenta» intentar usar cláusulas abusivas. Una vez más, ello solo puede garantizarse mediante la intervención de un tercero. De lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera. Por ello, sin intervención de un tercero, el efecto útil de la Directiva 1993/13 sufriría menoscabo*”.

opone por sí sola a que el juez deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo⁶.

La St. *Océano Grupo Editorial* dejó abierta la cuestión del alcance de la doctrina establecida, pues al dictarse en relación a las cláusulas de sumisión expresa (que trataremos *in extenso* en epígrafe 4.3.1), cabía la duda de si aquella era predicable de toda cláusula eventualmente abusiva, incógnita que quedaría despejada dos años después, concretamente en la St. *Cofidis*, a la que seguiría una larga lista de resoluciones acerca del control de oficio sobre cualquier cláusula predispuesta en contrato B2C. Pues bien, la St. *Cofidis* extendió contundentemente la doctrina precedente a toda cláusula, al declarar (aptdo. 38) que se opone a la Directiva una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional –*al expirar un plazo “preclusivo”*⁷– declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato.

Yendo un paso más allá de la *posibilidad* de control *ex officio*, la St. *Mostaza Claro* (2006) identificó tal examen como un *deber* del juez. En esta resolución el Tribunal de Justicia dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada por AAP Madrid 15.2.2005, en el marco de un recurso (*rectius*, acción rescisoria) de anulación contra un laudo, interpuesto por consumidor en base a la abusividad del convenio arbitral⁸, que sin

⁶ Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aptdos. 47 y 50, en el contexto de una cláusula de vencimiento anticipado de préstamo hipotecario. Sobre este tipo de cláusulas remitimos *infra*, epígrafe 4.4.4.

⁷ La sentencia habla de preclusión refiriéndose al plazo de dos años establecido en el art. L. 311-37 C.consom. para litigar sobre un contrato de crédito al consumo. Dicho plazo a contar desde el hecho que originara la acción, fue cumplido por Cofidis al reclamar los impagos de la línea de crédito concedida al consumidor, pero impedía a este (y por ende teóricamente al juez) invocar la abusividad del clausulado, pues el contrato (y por tanto el hecho generador de acción fundada en una cláusula abusiva) se había celebrado más de dos años antes del inicio del proceso. Lo que se cuestionaba no era tanto la preclusión en sí, pues el Tribunal de Justicia ya había declarado que unos plazos preclusivos razonables (respecto a los recursos de carácter tributario, STJ 16.12.1976, *Rewe-Zentralfinanz* y *Rewe-Zentral*, 33/76, aptdo. 5; responsabilidad indemnizatoria del Estado, STJ 10.7.1997, *Palmisani*, C-261/95, aptdo. 28) contribuyen a la seguridad jurídica y son compatibles con el Derecho comunitario (doctrina después reiterada: vid. STJ 12.2.2008, *Kempter*, C-2/06 –en adelante, St. *Kempter*–, aptdo. 58, y las resoluciones ahí citadas), sino que la fijación de un límite temporal podría atentar contra la efectividad de la protección pretendida por los arts. 6 y 7 Dir. 93/13 en aquellos procesos, incoados por profesionales, que tuvieran por objeto el cumplimiento de cláusulas abusivas, pues para privar al consumidor del disfrute de tal protección les bastaba a aquellos con esperar a que expirara el plazo legal para solicitar dicho cumplimiento (St. *Cofidis*, aptdo. 35).

⁸ Sobre este tipo de cláusulas, el art. 90.1 TRLCU reputa en todo caso abusiva (cláusula negra) “la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”. Por su parte, la letra q) del Anexo Dir. 93/13 considera indiciariamente abusiva (cláusula gris) la que tenga por objeto o por efecto “suprimir u obstaculizar el

embargo no se opuso en el procedimiento de arbitraje, circunstancia que, conforme a la LAr./88⁹, impedía al juez apreciar la nulidad de dicho convenio y por ende anular el laudo. Este caso guardaba cierta analogía con otro sobre el que ya se había pronunciado la STJ 1.7.1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (en adelante, *St. Eco Swiss*), donde se planteó la posible anulación de un laudo –por infracción de una disposición de orden público, cual era la comunitaria *ex art. 81 TCE*–, cuyo examen no cabía conforme a la ley procesal nacional; no obstante lo cual, el TJ declaró (aptdo. 37) que, en la medida en que un juez nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo.

Adelantándose a la consideración del art. 6 Dir. 93/13 como norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento interno tienen rango de normas de orden público (conforme declararían después la *St. Asturcom Telecomunicaciones*¹⁰), el TJ señaló en la *St. Mostaza Claro* que el art. 6.1 es una *disposición imperativa*¹¹ que, habida cuenta de la inferioridad de una de las partes contratantes, trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre las partes (aptdo. 36)¹², de manera que la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional “*deba apreciar de oficio la abusividad del clausulado y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional*” (aptdo. 38). Por ello concluye (aptdo. 39) que cuando el juez estime que el convenio arbitral

ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas”. Vid. Auto Sebestyén.

⁹ Ley 36/1988, de Arbitraje, aplicable en ese caso, cuyo art. 23.1 establecía que “*la oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales*”. La vigente LAr. (Ley 60/2003) ya no exige que la oposición al arbitraje basada, en particular, en la nulidad del convenio arbitral se formule simultáneamente a la presentación por las partes de sus respectivas alegaciones iniciales.

¹⁰ Aptdo. 52; doctrina después reiterada en los ya citados Auto *Pohotovosť* (aptdo. 50) y *St. Asbeek Brusse y de Man Garabito*, añadiendo esta última (aptdo. 44) que tal calificación se extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el art. 6.

¹¹ Si partimos de que toda norma de orden público es imperativa, pero no toda norma imperativa es de orden público (sobre ello vid. CUENCA ANTOLÍN, D., “El orden público y la justicia contractual”, en PRATS ALBENTOSA, L. –coord.–, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Vol. II, Valencia, 1996, p. 619 y los autores allí citados), la *St. Mostaza Claro* habría adelantado el carácter de norma de orden público del art. 6 que después afirmaría expresamente la *St. Asturcom Telecomunicaciones*, en el sentido de que el orden público, nacional o comunitario, siempre se refleja en normas imperativas.

¹² Doctrina reiterada en SSTJ *Pannon GSM*, aptdo. 25; *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 30; *VB Pénzügyi Lízing*, aptdo. 47.

contiene una cláusula abusiva, “debe” apreciar la nulidad del convenio y anular el laudo, siendo indiferente su alegación o no por el consumidor.

B) Control *imperativo* y primer límite. Examen en monitorio

En el año 2009 se dictaron las SSTJ *Pannon GSM* (junio) y *Asturcom Telecomunicaciones* (octubre), ya citadas. La primera de ellas no solo confirmó que el control de oficio es un “deber” judicial sino que además acentuó su carácter *imperativo*¹³; así, la St. *Pannon GSM* advierte (aptdo. 32) que el papel que el Derecho comunitario atribuye al juez nacional –esto es, garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Dir. 93/13, conforme dijo la St. *Mostaza Claro* en sus aptdos. 36 y 38– *no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre el carácter eventualmente abusivo, sino que impone su control de oficio tan pronto como dicho juez “disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”*¹⁴, y dado que la cláusula cuestionada era atributiva de competencia, cierra diciendo “incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial”. Ahora bien, como contrapeso, la St. *Pannon GSM* introdujo el primer límite al control *ex officio*: la oposición del propio consumidor a sus efectos¹⁵.

Esta obligación del juez nacional se reiteró en la St. *Asturcom Telecomunicaciones*, dictada en respuesta a cuestión prejudicial planteada por AJPI nº 4 Bilbao 29.1.2008 en sede de ejecución de un laudo arbitral. En este caso, al igual que ocurriera con el que dio lugar a la St. *Mostaza Claro*, la abusividad iba referida a la *cláusula compromisoria*, pero aquí, a diferencia de aquel, el laudo fue dictado sin comparecencia del consumidor y adquirió firmeza ante la pasividad de este, al no ejercitar acción dirigida

¹³ La St. *Pannon GSM* fue citada por la STS 1.7.2010 (recordemos, la primera del Tribunal Supremo que, tras la STJ *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, se pronunció sobre la posibilidad de controlar la abusividad del clausulado nuclear) en su aptdo. 71, precisamente para justificar el carácter imperativo del control de oficio sobre el eventual carácter abusivo.

¹⁴ Refiriéndose a este pasaje de la St. *Pannon GSM*, el Abogado General Maciej SZPUNAR pondría después de manifiesto en el pto. 46 de sus *Conclusiones en el Asunto C-421/14, Banco Primus, S.A. contra Jesús Gutiérrez García*, presentadas el 2.2.2016 (ECLI:EU:C:2016:69), la evolución de la jurisprudencia comunitaria respecto al control de oficio en el ámbito de protección de los consumidores: “*el Tribunal de Justicia ha transformado la facultad del juez nacional para controlar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en una obligación que incumbe a este último*”.

¹⁵ Señala el aptdo. 33 que, a la hora de cumplir dicha obligación, el juez nacional no tiene “*el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula*”. Ergo la tutela del consumidor no puede imponerse contra su voluntad (GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, en *REDUE*, nº 26, 1/2014, p. 323).

a impugnarlo. La cuestión era si, ante la inexistencia en la LEC de una disposición relativa a la apreciación de abusividad de cláusulas arbitrales por el juez que conoce de la ejecución de un laudo arbitral firme, la necesidad de restablecer la igualdad entre las partes (reemplazando el equilibrio formal por el real) obligaba o no al juez a brindar una “protección absoluta al consumidor”, es decir, aun cuando este no hubiese ejercitado acción alguna para hacer valer sus derechos y pese a las normas procesales nacionales de aplicación del principio de cosa juzgada¹⁶. El TJ ya había declarado, por una parte, que el Derecho comunitario no obliga a un juez nacional a dejar de aplicar las normas internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución (respecto al laudo el art. 43 LAr.¹⁷ le otorga tal fuerza y el art. 517.2.2º LEC carácter ejecutivo), aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición comunitaria¹⁸; por otra, que aunque el sistema de aplicación del principio de cosa juzgada se rija –a falta de normativa comunitaria en la materia– por el ordenamiento jurídico nacional, este no debe ser menos favorable que la normativa correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno (*principio de equivalencia*) y no debe estar articulado de tal manera que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*)¹⁹.

Con tales antecedentes, la St. *Asturcom Telecomunicaciones* entró a valorar si nuestras normas, en este caso, respetaban dichos principios, entendiendo que así era respecto al de efectividad²⁰, y en cuanto al de equivalencia remitió al juez nacional la

¹⁶ Vid. St. *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdos. 26 y 34.

¹⁷ Hasta 2011 establecía que “el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”; tras la reforma operada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, el art. 43 LAr. dispone que “el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”.

¹⁸ SSTJ *Eco Swiss*, aptdos. 47 y 48; 16.3.2006, *Kapferer*, C-234/04 (en adelante, St. *Kapferer*), aptdo. 21; 3.9.2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08 (en adelante, St. *Fallimento Olimpiclub*), aptdo. 23.

¹⁹ SSTJ 14.12.1995, *Peterbroeck*, C-312/93 (en adelante, St. *Peterbroeck*), aptdo. 12; 16.5.2000, *Preston y otros*, C-78/98, aptdo. 31 (y resoluciones ahí citadas); *Kapferer*, aptdo. 22; *Fallimento Olimpiclub*, aptdo. 24.

²⁰ Aptdo. 48. Considera el TJ que el plazo de dos meses para ejercitar la acción de anulación del laudo (art. 41.4 LAr.) es razonable, pues dicho plazo comienza a contar *desde su notificación*, de manera que en la ulterior ejecución el consumidor no puede encontrarse en la circunstancia de que el plazo de prescripción empiece a correr, o incluso haya expirado, sin haber tenido siquiera conocimiento de los efectos que la cláusula arbitral abusiva ha podido generar para él, por tanto tal plazo no imposibilita ni dificulta excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que la Dir. 93/13 confiere a los consumidores (aptos. 42, 45 y 46). Entiende el TJ que el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta el extremo de exigir al juez nacional que deba no solo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos (como en el asunto visto por St. *Mostaza Claro*), sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor que, como en este caso, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió anulación del laudo que, en consecuencia, pasó a ser firme (aptdo. 47).

comprobación de si el ordenamiento interno le *permitía* apreciar de oficio, en sede ejecutiva, la contrariedad de la cláusula con las normas nacionales de orden público, pues la obligación de controlar de oficio le incumbe en tanto disponga internamente de una mera facultad para hacerlo²¹, y de ser así, dada la igual naturaleza de norma de orden público del art. 6 Dir. 93/13 (aptdo. 52), estaría obligado, al conocer de una demanda de ejecución de laudo arbitral, a examinar de oficio el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje, tan pronto como dispusiera de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (aptdo. 59).

Tras dictarse la St. *Pannon GSM*, el Tribunal de Justicia procedió a resolver una petición de decisión prejudicial que, siendo recibida antes de la que dio lugar a dicha sentencia, había quedado suspendido su procedimiento ante el TJ a la espera de que aquella se fallase. Así, el 9.11.2010, más de dos años después de recibirse tal petición, se dictó por fin la St. *VB Pénzügyi Lízing*, en la que se terminó respondiendo a cuestiones planteadas con carácter complementario, precisamente a la luz de lo sentado por la St. *Pannon GSM*²². Y es que el tribunal remitente advirtió que quedaba la duda de si el examen imperativo también implicaba la obligación de acordar prueba de oficio para determinar los elementos fácticos y jurídicos necesarios para la apreciación de abusividad, aun cuando, conforme a la normativa procesal nacional, las pruebas solo pudieran practicarse a instancia de parte²³. A esta cuestión dio respuesta la St. *VB Pénzügyi Lízing*, señalando (aptdo. 56) que al juez le incumbe, cuando se interroga sobre la abusividad de una cláusula, indagar en búsqueda de los elementos que le permitieran entrar a valorarla, acordando de oficio diligencias de prueba, y de encontrar dichos elementos, apreciar *ex officio* su carácter eventualmente abusivo.

²¹ Así lo entiende la St. *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 54, en relación con la St. *Kempter*, aptdo. 45. Aunque el Gobierno español adujera que el juez que conoce de la ejecución de un laudo es “competente” (nótese que no habla de obligatoriedad) para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula arbitral contenida en un contrato B2C por ser tal cláusula contraria a las normas nacionales de orden público, el Tribunal de Justicia advierte que corresponde al juez remitente comprobar si así ocurre en el litigio del que conoce (St. *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdos. 55 y 56).

²² En fecha 7.4.2008 se recibió en el TJ la petición de decisión prejudicial que daría origen al asunto C-137/08, cuyo procedimiento suspendió aquel mediante decisión de 13.2.2009, a la espera de que se dictara la St. *Pannon GSM* (cuya génesis fue una petición recibida el 2.6.2008), lo que aconteció en junio de 2009. Tras ello, el tribunal remitente comunicó al TJ que ya no consideraba necesario que respondiera a las dos primeras cuestiones prejudiciales planteadas, pero sí la tercera de ellas, añadiendo tres nuevas al conocer lo dispuesto por aquella sentencia (vid. St. *VB Pénzügyi Lízing*, aptdos. 20-25). La que ahora nos interesa, y analizamos, es la tercera de las complementarias.

²³ St. *VB Pénzügyi Lízing*, aptdos. 24 y 25,3).

Recogiendo el testigo de las SSTJ *Pannon GSM, Asturcom Telecomunicaciones* y *VB Pénzügyi Lízing*, el Tribunal de Justicia fue un paso más allá, examinando en su *St. Banco Español de Crédito* (2012), una cuestión planteada por AAP Barcelona 29.11.2010: ¿es factible un control *ex officio* fuera de un procedimiento declarativo, cuya apertura solo está prevista en caso de oposición del deudor? Se trataba de una cuestión relativa al proceso monitorio²⁴, en el que el juez nacional declaró de oficio y *ab initio* la nulidad por abusiva de una cláusula de intereses moratorios. Sabido es que, en el sistema procesal español, la competencia del juez en sede de monitorio se ceñía a comprobar los requisitos formales para iniciarlo, en cuyo caso daba curso favorable a la demanda y requería de pago al deudor (atribuciones que, desde la reforma operada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, corresponden al Secretario judicial²⁵, denominado “Letrado de la Administración de Justicia” a raíz de la LO 7/2015, de 21 de julio²⁶), sin poder examinar –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– la procedencia de la demanda a la luz de los datos de que dispusiera, salvo en el supuesto de que el deudor se negara a pagar la deuda o formulara oposición, esto es, de abrirse el subsiguiente proceso declarativo. En este contexto, si la deuda reclamada por monitorio procedía de un contrato B2C y el deudor (consumidor) no se opusiera, el juez se veía impedido, por el juego de los arts. 815.1 y 818.1 LEC, para examinar de oficio la abusividad del clausulado, aun cuando ya dispusiera de todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios al efecto; existiendo el riesgo de que el consumidor dejase pasar el plazo para oponerse, bien porque ignorara sus derechos o no percibiese cabalmente la amplitud de los mismos, bien porque los gastos que acarrase el ejercicio de una acción judicial le disuadieran de defenderlos (SSTJ *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 26; *Cofidis*, aptdos. 34 y 35; *Mostaza Claro*, aptdo. 28; *Auto Pohotovost’*, aptdo. 42).

²⁴ En la *St. VB Pénzügyi Lízing* se analizaron las responsabilidades que, en virtud de las disposiciones de la Dir. 93/13, incumben al juez nacional en el marco de un procedimiento contradictorio iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra una demanda de monitorio, pero lo que ahora se cuestionaba era qué responsabilidades existen en el marco de un proceso monitorio *antes de que el consumidor formulara oposición*, la cual abriría, en su caso, el contradictorio.

²⁵ De reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE nº 266, de 4.11.2009), que trajo consigo nuevas atribuciones a los secretarios judiciales, de modo que, junto a las genuinas de impulso procesal, se añadieron otras que les permitieran adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional, como, por ejemplo, la que con anterioridad a dicha ley se encomendaba al juez, que conocía de una demanda en proceso monitorio, de realizar un examen formal de los documentos iniciales aportados y ulterior requerimiento de pago al deudor, según redacción del art. 815.1 LEC previa a la Ley 13/2009.

²⁶ Por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 174, de 22.7.2015). El cambio de nomenclatura, operado básicamente por art. 56 –que modifica el art. 440 LOPJ–, pretende dar respuesta a una demanda histórica del Cuerpo de Secretarios Judiciales, que consideraba que esta denominación conducía a equívocos sobre la función realmente desempeñada (Preámbulo, IX).

Esta situación particular de nuestro ordenamiento fue analizada, y puesta en entredicho, por la referida St. *Banco Español de Crédito*. Aquí, al igual que hiciera en la St. *Asturcom Telecomunicaciones*, el TJ examinó si la normativa interna controvertida respetaba los principios de equivalencia y efectividad²⁷: respecto al primero, no se suscitaron dudas en cuanto a su conformidad²⁸, pero hubo certeza de que nuestro régimen procesal en sede de monitorio podía menoscabar la *efectividad* de la protección que pretende garantizar la Dir. 93/13, pues al diferir sin excepción el análisis de fondo del clausulado a la iniciativa del deudor mediante la oportuna oposición, existiendo el riesgo de que no se hiciera y ello fuera aprovechado por el profesional²⁹, imposibilitaría o haría excesivamente difícil, en los litigios promovidos por profesionales contra deudores consumidores, aplicar dicha protección a estos últimos. En la medida en que esto era así, impidiendo el control de oficio en proceso monitorio, la St. *Banco Español de Crédito* declaró (aptdos. 56 y 57) que la normativa española controvertida no resultaba conforme con el principio de efectividad y vulneraba el sistema establecido por la Directiva.

²⁷ Declara el TJ que “al no existir armonización de los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, pero siempre que tales normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad)”; St. *Banco Español de Crédito*, aptdo. 46.

²⁸ El TJ lo explica así: “consta en autos que el sistema procesal español no solo no permite al juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio (...) el carácter abusivo con arreglo al artículo 6 de la Directiva (...), cuando éste [el consumidor] no haya formulado oposición, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula [contenida en contrato B2C] resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo cual incumbe verificar, no obstante, al tribunal nacional” (cursiva y corchetes –y su contenido– nuestros). Esto es, el principio de equivalencia no se respetaría en caso de que nuestra normativa sí permitiera controlar de oficio, en monitorio, la contrariedad de una cláusula a las normas internas de orden público y sin embargo no permitiera hacerlo respecto a la abusividad (pues el art. 6 Dir. es norma comunitaria de orden público); por tanto, nuestras normas procesales en este marco respetarían dicho principio por demérito, es decir, por no permitir ni una cosa ni otra, sobre lo cual el TJ conviene por defecto, pues “no cuenta con ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la conformidad con dicho principio de la normativa controvertida”, de hecho nótese la remisión que hace al juez nacional para “verificar” dicha conformidad (vid. St. *Banco Español de Crédito*, aptdos. 47 y 48).

²⁹ Las circunstancias por las que existe un riesgo nada desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida son, además de las que apuntamos antes, estas otras relacionadas con el monitorio: el plazo particularmente breve previsto para plantearla, la eventual escasa cuantía de la deuda litigiosa (en comparación con los gastos judiciales), y el contenido limitado de la demanda (*ergo* carácter incompleto de la información de que disponen). Por tanto, bastaría con que los profesionales demandaran por monitorio y en vez de reclamar por vía de juicio ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Dir. 93/13 (St. *Banco Español de Crédito*, aptdos. 54 y 55).

Por si fuera poco, el Tribunal de Justicia volvió a reprobar la normativa nacional sobre proceso monitorio, esta vez desde la perspectiva de la ulterior ejecución, en Sentencia de 18.2.2016, *Finanmadrid EFC*, C-49/14 (en adelante, St. *Finanmadrid EFC*), que resolvió la petición de decisión prejudicial hecha por el JPI nº 5 de Cartagena, vía Auto de 23.1.2014, previa a la entrada en vigor de la *Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*³⁰ (en adelante, Ley 42/2015). Planteaba el Juzgado remitente la posible incompatibilidad de la regulación procesal sobre monitorio ya que, al no prever entonces un control de oficio en tal sede –lo cual ya mereció el reproche de la St. *Banco Español de Crédito*–, el proceso monitorio podría terminar, ante la desatención del requerimiento de pago o falta de oposición, por decreto del Secretario judicial, *título ejecutivo con fuerza de cosa juzgada* que, por tanto, impediría al Juez, en el subsiguiente proceso ejecutivo, examinar de oficio las cláusulas abusivas que pudieran existir en el contrato base del monitorio.

Tras declarar la St. *Finanmadrid EFC* que un régimen procesal como el nuestro podía menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Dir. 93/13, pues tal protección efectiva solo puede garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permita, en el marco del proceso monitorio o en el del ulterior ejecutivo, un control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate (aptdo. 46), analizó la conformidad con el principio de efectividad del sistema de aplicación del principio de cosa juzgada previsto por el Derecho español en el marco del proceso monitorio (aptdos. 50-53), concluyendo que no resultaba conforme en la medida en que hacía imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados por profesionales contra consumidores, aplicar esa protección que la Dir. 93/13 pretende conferir a estos últimos³¹, y por tanto que tal Directiva se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución posterior al monitorio apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un

³⁰ BOE nº 239, de 6.10.2015. Como después veremos (vid. *infra*, epígrafe 3.1.2.A) no fue hasta entonces cuando se materializó la necesaria modificación de la normativa procesal referente al proceso monitorio, para adecuarla al control de oficio en dicha sede.

³¹ Siguió aquí el TJ la opinión del Abogado General Maciej SZPUNAR expresada en el pto. 75 de sus *Conclusiones en el Asunto C-49/14, Finanmadrid EFC, S.A., contra Jesús Vicente Albán Zambrano et al.*, presentadas el 11.11.2015 (ECLI:EU:C:2015:746). No recogió el TJ en su St. *Finanmadrid EFC* lo manifestado por SZPUNAR (ib. pto. 76), quien yendo un paso más allá señaló que en la ejecución posterior al monitorio concluido sin atender el consumidor el requerimiento de pago, debería el juez, a fin de velar por la protección efectiva de los derechos derivados de la Dir. 93/13, dejar de aplicar la norma del Derecho nacional que atribuye fuerza de cosa juzgada al decreto del secretario judicial que, careciendo de facultades de control, pone fin al monitorio en esas circunstancias.

contrato B2C, cuando la autoridad que conoció de la petición de monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación (aptdos. 54 y 55).

C) Debate contradictorio (segundo límite) y control en apelación

Habiendo sentado el carácter *imperativo* del control de oficio³² (mismo carácter reconocido al art. 6.1 Dir. 93/13, norma equivalente a las de orden público nacionales³³) y la exigencia de que las normativas internas lo posibiliten³⁴, pues las características específicas de los procedimientos judiciales nacionales no pueden constituir un elemento que desvirtúe la protección jurídica de la que deben disfrutar los consumidores en virtud de las disposiciones de la Directiva³⁵; el TJ introdujo, en su Sentencia de 21.2.2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11 (en adelante, St. *Banif Plus Bank*), un segundo límite a dicho control, cual es la necesidad de contradicción tras comprobar de oficio la abusividad. Si ya quedó establecida la obligación del juez de informar al consumidor tras ello, a fin de que este manifestara su eventual intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula (primer límite, St. *Pannon GSM*); ahora el TJ afirma que el juez está obligado, al apreciar de oficio el carácter abusivo³⁶, a informar de ello a las partes –consumidor y profesional– y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales³⁷. Trayendo a colación su doctrina sobre el respeto al principio de contradicción que pesa sobre el juez comunitario³⁸, el TJ la extiende al juez nacional en

³² Doctrina *Pannon GSM*, ampliada, en cuanto a la determinación de oficio de los elementos fácticos y jurídicos que permitan apreciar la abusividad *ex officio*, por la St. *VB Pénzügyi Lízing*.

³³ SSTJ *Mostaza Claro* y *Asturcom Telecomunicaciones*, respectivamente.

³⁴ En cuanto a plazos, St. *Cofidis*; en recurso de anulación de laudo arbitral, St. *Mostaza Claro*; en ejecución de laudo, St. *Asturcom Telecomunicaciones*; en proceso monitorio, St. *Banco Español de Crédito*.

³⁵ St. *Pannon GSM*, aptdo. 34.

³⁶ Conforme a la doctrina *Pannon GSM* y *VB Pénzügyi Lízing*, esto es, sobre la base de los elementos fácticos y jurídicos de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto.

³⁷ Señala la St. *Banif Plus Bank* que el deber de informar a las partes y ofrecerles la posibilidad de expresar su opinión sobre la eventual constatación de abusividad, es una obligación que, “por regla general”, pesa sobre el juez nacional, para a continuación indicar que la norma interna controvertida (Hungria) prevé tal deber cuando el juez compruebe de oficio un motivo de nulidad (aptdos. 31 y 32).

³⁸ La STJ 2.12.2009, *Comisión/Irlanda y otros*, C-89/08 (en adelante, St. *Comisión/Irlanda y otros*), ya estableció (aptdos. 54-56) que el juez comunitario debe respetar el principio de contradicción, particularmente cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio (por analogía SSTEDH 18.12.2003, *Skondrianos c. Grecia*, 63000/00, 74291/01 y 74292/01, aptdos. 29 y 30; 13.10.2005, *Clinique des Acacias y otros c. Francia*, 65399/01, 65406/01, 65405/01 y 65407/01, aptdo. 38; 16.2.2006, *Prikyan y Angelova c. Bulgaria*, 19009/04, aptdo. 42), que dicho principio no solo confiere a cada parte el derecho de conocer y discutir los documentos y observaciones presentados por la parte contraria, sino que también implica el derecho de ambas a conocer y discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales este tiene intención de fundamentar su decisión, pues para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso

el marco del control de oficio de la abusividad de una cláusula contractual, entendiendo que el ofrecimiento a ambas partes de expresar su opinión sobre ese extremo también obedece al deber que igualmente incumbe al juez nacional de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta su disconformidad a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula³⁹.

El juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración solicitando su anulación⁴⁰. Ahora bien, al aplicar el Derecho comunitario, debe observar las exigencias de una tutela judicial efectiva reconocida en el art. 47 CDFUE, y entre dichas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del *derecho de defensa*⁴¹. Este tiene que garantizarse a la otra parte, el profesional, lo cual implica que ha de ser informado, al igual que el consumidor, de la abusividad apreciada de oficio, a fin de que *ambos* puedan expresar su opinión (con debate contradictorio salvo eventual aquietamiento del consumidor a la cláusula cuestionada), sin que ello menoscabe la *efectividad* de la protección que confiere la Dir. 93/13⁴².

La necesidad de someter a debate contradictorio el carácter abusivo apreciado *ex officio* alcanza incluso a la *segunda instancia*, pues en ella también es predicable el control de oficio, como han declarado la STJ 30.5.2013, *Jörös*, C-397/11 (en adelante, St. *Jörös*) y la citada St. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, de igual fecha. En el caso

equitativo procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos fácticos y jurídicos decisivos para la resolución del procedimiento.

³⁹ St. *Banif Plus Bank*, aptdos. 29, 30 y 35.

⁴⁰ El juez puede anular la cláusula sin petición de parte pero, sin embargo, no puede hacerlo *inaudita parte*: vid. St. *Banif Plus Bank*, aptdo. 36.

⁴¹ St. *Comisión/Irlanda y otros*, aptdo. 50. La STJ 6.11.2012, *Otis y otros*, C-199/11 (en adelante, St. *Otis y otros*) señaló que el principio de tutela judicial efectiva recogido en el art. 47 CDFUE consta de diversos aspectos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a ser asesorado, defendido y representado (aptdo. 48).

⁴² La St. *Peterbroeck* (aptdo. 14) ya declaró que cuando se cuestione si una disposición nacional imposibilita o hace excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse el lugar que aquella ocupa dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales, tomando en consideración los principios en que se basa el sistema nacional, tales como la *protección del derecho de defensa*, la seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento. En esta doctrina (reiterada por SSTJ *Fallimento Olimpiclub*, aptdo. 27; *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 39; *Banco Español de Crédito*, aptdo. 49; 5.12.2013, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, C-413/12, aptdo. 34) se basa la St. *Banif Plus Bank* para decir (aptdo. 33) que la obligación informativa y debate contradictorio no puede considerarse *per se* incompatible con el principio de efectividad que rige la aplicación nacional de los derechos que confiere el ordenamiento comunitario.

examinado por la primera se daba la circunstancia de que el tribunal de apelación remitente cuestionaba la abusividad del clausulado controvertido, que no había sido objeto de debate en primera instancia por falta de invocación del consumidor, quien había solicitado –sin éxito– su invalidez por otras causas⁴³, sobre las que insistía en apelación, *ergo* tampoco se alegó la abusividad en segunda instancia, lo que supondría un obstáculo para la declaración como tal por el tribunal *ad quem*.

La St. *Jőrös*, tras recordar que la regulación de los procedimientos de apelación, en defecto de normativa comunitaria sobre ello, corresponde a los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, advirtió no obstante que la regulación nacional en esa materia tendría que respetar los principios de efectividad y equivalencia. En cuanto a este último, señaló el TJ que de tal principio se deduce que cuando el juez nacional que resuelve en apelación está facultado u obligado a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas internas de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, también debe ejercer esa competencia para apreciar *ex officio*, a la luz de los criterios de la Dir. 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de tal Directiva. Y en lo que atañe al principio de efectividad, declaró el TJ, recordando su doctrina *Peterbroeck*⁴⁴, que el juez nacional está obligado a interpretar y aplicar, *en cuanto sea posible*, todas las disposiciones internas relacionadas, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos protegidos por el ordenamiento comunitario, de manera que si del sistema jurisdiccional nacional resulta que el tribunal *ad quem* es competente, cuando disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios, para apreciar, bien sea de oficio o bien recalificando el fundamento jurídico de la demanda, la existencia de cualquier causa de nulidad que derive claramente de esos elementos, dicho tribunal tendrá que apreciar el carácter abusivo del clausulado controvertido aun cuando la parte litigante, que podría haber alegado esta causa de nulidad, no lo hubiera invocado⁴⁵.

Por su parte, la St. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, con la misma argumentación respecto al principio de equivalencia⁴⁶, analizando una situación nacional conforme a

⁴³ Concretamente alegó que, conforme al Derecho húngaro, las estipulaciones controvertidas eran usurarias, contrarias a las buenas costumbres y simuladas, siendo desestimado por el juez *a quo* al entender que la actora no había conseguido acreditar tales caracteres (St. *Jőrös*, aptdos. 19 y 20).

⁴⁴ Según la cual, como vimos *supra*, ante la duda de si una disposición procesal interna resulta conforme con el principio de efectividad, hay que analizar el lugar que ocupa dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este *ante las diversas instancias nacionales*.

⁴⁵ St. *Jőrös*, aptdos. 29, 30, 32, 35 y 38.

⁴⁶ St. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdos. 45 y 46, que de hecho se citan en la St. *Jőrös* (aptdo. 30).

la cual el tribunal de apelación solo puede pronunciarse sobre los motivos que las partes hayan alegado en apoyo de sus pretensiones iniciales y fundamentar su decisión en ellos, pero que es competente, no obstante, para apreciar de oficio las disposiciones pertinentes de orden público aunque las partes no las hayan invocado (aptdos. 14 y 37), declara el TJ que el órgano *ad quem* también deberá ejercer esa competencia para examinar de oficio, conforme los criterios enunciados por la Dir. 93/13, la abusividad de la cláusula en cuestión, y a anularla si así procediera, *tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio* (aptdo. 53).

D) Examen en sede ejecutiva

Respecto a la ejecución ordinaria, remitimos a lo expuesto *anteriormente* sobre la St. *Asturcom Telecomunicaciones*. En cuanto a la ejecución hipotecaria, entre la St. *Banif Plus Bank* y las SSTJ *Jörös/Asbeek Brusse y de Man Garabito*, el Tribunal de Justicia dictó la ya citada St. *Aziz*⁴⁷ (marzo 2013), en respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por AJM nº 3 Barcelona 19.7.2011 en el marco de un proceso declarativo vinculado a un procedimiento de ejecución hipotecaria, dirigido este último contra la vivienda que garantizaba el préstamo y que terminó con su adjudicación por el prestamista. El prestatario-consumidor, que no se personó en el ejecutivo (ni opuso por ende motivo alguno contra la ejecución despachada), presentó ulterior demanda de juicio ordinario instando la nulidad de una cláusula⁴⁸ inserta en la escritura de préstamo, solicitando que se dejara sin efecto y, por tanto, que el procedimiento de ejecución hipotecaria fuera nulo. Hay que tener en cuenta que la petición al TJ no se planteó por el juez que conocía del proceso ejecutivo, único a quien se le podría haber presentado la disyuntiva de apreciar, de oficio o a instancia de parte, el eventual carácter abusivo en sede de ejecución hipotecaria, problemática derivada de que en ella no contemplaba entonces la LEC ni una cosa ni otra; de ahí que la St. *Aziz* no llegara a pronunciarse sobre las posibilidades de examen en dicha sede, esto es, si legalmente debería incluirse la abusividad como causa de oposición o si la doctrina de la St. *Banco Español de Crédito*, sobre el control de oficio en monitorio, debiera entenderse aplicable al procedimiento de ejecución hipotecaria.

⁴⁷ Que vamos a comentar, resumidamente, por constituir el fundamento que después llevaría al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre el control de oficio en sede de ejecución hipotecaria, según reconocería el propio TJ. Para un análisis *in extenso* de la St. *Aziz* remitimos a otro lugar: DOMÍNGUEZ ROMERO/INFANTE RUIZ, "Foreclosure System in Spain. About the Judgment of the European Court of Justice, 1st Chamber, 14 March 2013 (C-415/11)", en *GPR*, 6/2013, pp. 347-354.

⁴⁸ Alegó el consumidor que el criterio de liquidación de la deuda pendiente, vinculado a la posibilidad de vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo y cálculo de los intereses ordinarios y moratorios pactados, era nulo por vulnerar las normas referidas a las condiciones generales de la contratación.

Lo que hizo el TJ fue, tras constatar la inexistencia de tal motivo de oposición entre los admitidos en el art. 695 LEC, analizar las *posibilidades que tenía el consumidor de obtener protección jurídica* (frente a la ejecución despachada en base a un título que pudiera contener cláusulas abusivas) *cuando menos a través del proceso declarativo* –en cuya sede sí se planteó la cuestión prejudicial–, al que remitía el art. 698 LEC para efectuar dicha alegación (o cualquier otra no incluida en el art. 695); y al realizar tal análisis observó que, conforme a este precepto, el juez que conociera del declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo del clausulado, no estaba facultado ni para suspender la ejecución⁴⁹ mientras comprobara dicho carácter, ni para acordar la nulidad de lo allí actuado en caso de que estimase dicha abusividad, conllevando la pérdida irreversible de la vivienda hipotecada⁵⁰, ante lo cual solo cabría al consumidor reclamar daños y perjuicios⁵¹. De ahí que la St. Aziz concluyera (aptdos. 59, 63 y 64) que un régimen procesal de este tipo, que no prevé la opción de oponer frente a la ejecución la abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca, ni permitir al juez del declarativo adoptar medidas cautelares necesarias para garantizar la plena eficacia de su decisión final⁵², hace imposible o excesivamente difícil aplicar la protección que confiere la Dir. 93/13, y por tanto no se ajusta al principio de efectividad y resulta contrario a tal Directiva.

Ahora bien, aunque la St. Aziz no llegara a declarar cuál debía ser el alcance de la intervención del juez que, en sede de ejecución hipotecaria, tuviera que disponer el

⁴⁹ Lo cual, dicho sea de paso, tampoco podría hacer el juez del proceso ejecutivo, al no incluirse la eventual abusividad del clausulado como causa de oposición a la ejecución despachada.

⁵⁰ Salvo que el consumidor realizara una anotación preventiva de la demanda de nulidad con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (según resulta del art. 131 de la *Ley Hipotecaria*, en adelante *LH*), supuesto que según la St. Aziz (aptdo. 58) debe considerarse residual, pues existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos.

⁵¹ Como ya advirtiera KOKOTT (op. cit., 2012, pto. 50) el consumidor no tendría opción de impedir la subasta y consiguiente pérdida de su vivienda, que debe soportar con independencia de que pudiera articular una eventual -si el juez del declarativo estimase su demanda- acción indemnizatoria, única protección (*a posteriori*) que, para la St. Aziz (aptdos. 60 y 61), resulta incompleta e insuficiente, no constituyendo un medio adecuado para evitar dicha pérdida ni eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas, en contra de lo establecido en el art. 7.1 Dir. 93/13. Así pues, basta con que los profesionales acudan a la ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva (St. Aziz, aptdo. 62).

⁵² La STJ 13.3.2007, *Unibet*, C-432/05, ya declaró (aptdo. 77) que el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el ordenamiento de la UE exige que, con arreglo al Derecho nacional, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el juez competente se pronuncie sobre la conformidad de las normas nacionales de que se trate con el Derecho comunitario, cuando dichas medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos.

despacho de ejecución, instado contra un consumidor, cuando se cuestionara sobre la abusividad de una cláusula que resultase imprescindible para abrir al profesional esta privilegiada vía ejecutiva; la constante cita que por dicha resolución se hacía a la St. *Banco Español de Crédito* podía interpretarse como una extensión implícita de su doctrina a la ejecución hipotecaria⁵³ y, por tanto, que también el juez que sustancia la ejecución debiera examinar de oficio la validez de las cláusulas que pudieran tener repercusiones en aquella, por constituir el fundamento del título ejecutivo.

Despejando toda duda, el TJ se pronunció expresamente sobre el particular al plantearsele –esta vez sí– por tribunal que conoce de un ejecutivo hipotecario el alcance del control de oficio en esta sede: primero, por el JPII nº 1 Catarroja (auto 15.11.2012), y después por el JPI nº 17 Palma de Mallorca (auto 26.2.2013), en los asuntos (acumulados) C-537/12 y C-116/13, respectivamente, que dieron lugar al Auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia*, en el que el TJ señaló que la respuesta a los órganos remitentes se deducía claramente de su jurisprudencia⁵⁴ (aptdos. 38-44, citando las SSTJ *Banco Español de Crédito* y *Aziz*), declarando ahora expresamente que la normativa española de ejecución hipotecaria, al no permitir al juez que conoce de la ejecución examinar de oficio –o a instancia del consumidor– el carácter abusivo de una cláusula, contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, menoscaba la *efectividad* de la protección que pretende garantizar la Dir. 93/13, resultando así vulnerada (aptdos. 59 y 60).

3.1.2. Traslación nacional de la doctrina comunitaria

Después de analizar los pronunciamientos del TJ hasta ahora sobre el examen de oficio del carácter abusivo, podemos sintetizar su doctrina diciendo que tal control no está sujeto a límites procedimentales ni temporales⁵⁵, pero sí a la eventual oposición del consumidor a sus efectos y al derecho de defensa del profesional ante dicha apreciación judicial; de manera que si bien el juez puede (y debe, tan pronto como disponga de elementos fácticos y jurídicos para ello, buscándolos incluso también de

⁵³ En este sentido, HUALDE MANSO, T., “Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria”, en AC-M, nº 2/2013, versión electrónica (BIB 2013\904), p. 9.

⁵⁴ Por eso, de hecho, la resolución no adoptó en este caso la forma de sentencia, ya que, según el art. 99 RPTJ, cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el TJ ya hubiera resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pudiera deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando dicha respuesta no suscitara ninguna duda razonable, el TJ *resolverá mediante auto motivado*.

⁵⁵ Salvo plazos *razonables*, que no menoscaben la efectividad de la protección dispensada por la Dir. 93/13: cfr. St. *Cofidis* y St. *Asturcom Telecomunicaciones*. Esta última advirtió que el respecto al principio de efectividad no puede llegar al extremo de exigir al juez que supla una pasividad absoluta del consumidor.

oficio) comprobar *ex officio* la abusividad con independencia del proceso o fase en que se suscite, ya sea primera o segunda instancia, y extraer sin petición de parte las consecuencias de esa comprobación, no puede en cambio dictarlas *inaudita parte*, pues debe dar traslado a las partes a fin de que puedan expresar su opinión, con debate contradictorio sobre la abusividad apreciada de oficio salvo aquietamiento del consumidor a la cláusula cuestionada.

Hemos visto que el TJ declaró la incompatibilidad de nuestro ordenamiento con dicha doctrina –y su contrariedad a las disposiciones de la Dir. 93/13, señaladamente art. 6, fundamento de esta doctrina jurisprudencial– en sede procesal de monitorio y ejecución hipotecaria (título no judicial). Respecto al régimen español de ejecución ordinaria, el TJ lo analizó cuando el título que se ejecutaba era un laudo arbitral (que sin ser título judicial recibe un trato procesal asimilado), y, sin llegar a reprocharlo, remitió al juez nacional la comprobación de que en tal marco fuese posible apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula –en este caso arbitral– con las normas nacionales de orden público⁵⁶, pues en tal caso deberá igualmente evaluar de oficio la naturaleza abusiva de una cláusula, comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, a la luz de los criterios enunciados en la misma⁵⁷. ¿Cómo ha sido la *actuación del legislador español* ante las carencias de protección del consumidor percibidos por el TJ en nuestra normativa procesal? *Rápida pero deficiente en sede ejecutiva*, hasta el punto de que, como vamos a ver, la modificación operada por la citada Ley 1/2013⁵⁸ suscitó, entre otras cosas, una problemática inédita hasta entonces, relacionada con la *apelación*, que mereció nuevo reproche del TJ; y *tardía en sede de monitorio*.

⁵⁶ Si ello fuera posible nuestro sistema no merecería reproche pues, dada la igual naturaleza de norma de orden público del art. 6 Dir. 93/13, bastaría que el juez dispusiera legalmente de una mera facultad –de controlar *ex officio* el clausulado contrario a normas internas de orden público– para que pudiera, y de hecho debiera, examinar de oficio la abusividad en sede de ejecución ordinaria.

⁵⁷ Así lo entendió el TJ cuando se le preguntó si, a la luz de la jurisprudencia del TJ sobre el art. 6 Dir. 93/13, esta se ha de interpretar en el sentido de que debe atribuirse a las normas para su transposición en el Derecho nacional el trato procesal reservado a las normas de orden público en el ordenamiento jurídico interno, de modo que el juez nacional esté obligado a examinar de oficio el carácter abusivo en su caso de una cláusula contractual, y a anularla si así procediera (St. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apdos. 35 y 53).

⁵⁸ Respecto del proceso ejecutivo a fin de que, de oficio a instancia de parte, el juez competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. Con esta reforma, de 14.5.2013, se adelantó la adaptación de la LEC al pronunciamiento que el TJ haría el 14.11.2013 (Auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia*, que reprochó esa falla de la normativa procesal), porque el legislador entendió que a ello ya obligada la St. *Aziz*, de hecho el Preámbulo de la Ley 1/2013 dice que “*dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013*”.

A) Monitorio

En 2013, un año después de la St. *Banco Español de Crédito*, se anunció una modificación del proceso monitorio mediante un Anteproyecto de Ley de reforma de la LEC⁵⁹, en cuya EM (IV) constaba que, para dar cumplimiento a dicha sentencia, se introduciría un nuevo aptdo. 4 al art. 815 LEC⁶⁰, y con él *“un trámite que permitirá al Secretario judicial, en la admisión de los procesos monitorios que se dirijan contra consumidores, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas, a fin de dar cuenta al Juez para que, previa audiencia de las partes, resuelva lo procedente como exige la normativa europea”*. A los pocos días de publicarse, se dictó Acuerdo del TS, concretamente el 8.5.2013, que recogía las conclusiones de una jornada celebrada en esa fecha –y por tanto con la St. *Aziz* ya sobre la mesa–, organizada por el CGPJ (y dirigida por el Presidente de la Sala 1ª del TS) para analizar las repercusiones de la doctrina del TJ en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria; de suerte que la conclusión 11 rezaba así: *“en el proceso monitorio, sin perjuicio de las competencias del Secretario Judicial, corresponde al juez el examen del carácter abusivo de una cláusula incluida en el documento que sustente la reclamación del crédito. Este examen se realizará en la fase de admisión de la solicitud. Si el juez considera que la cláusula puede ser abusiva lo pondrá en conocimiento del solicitante, especificando la cláusula afectada y le concederá un plazo de cinco días para formular alegaciones. Si como consecuencia de la apreciación de la cláusula abusiva procediera la reclamación por una cantidad inferior a la inicial, se procederá conforme establece el artículo 815.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

Esta fórmula (*rectius*, criterio orientador⁶¹) difería de la regulación propuesta por el Anteproyecto, cuyo planteado art. 815.4 hacía recaer en el secretario una

⁵⁹ Anuncio que se produjo vía nota de prensa del Consejo de Ministros de 3.5.2013 (www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros), donde se informaba que el Ejecutivo daba el visto bueno al Anteproyecto (accesible en www.mjusticia.gob.es), mediante el cual se pretendía incrementar la capacidad de postulación de los procuradores, modificar el juicio verbal y el proceso monitorio.

⁶⁰ El aptdo. 44 del Artículo Único del Anteproyecto, contemplaba la siguiente redacción del art. 815.4 LEC: *“Si el Secretario Judicial, tratándose de una reclamación de deuda fundada en un contrato entre un profesional y un consumidor, apreciase el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible, dará cuenta al Tribunal quien, en su caso, oirá a las partes por cinco días, resolviendo lo procedente mediante auto dentro de los cinco siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención ni de Abogado ni de Procurador”*. Con un pfo. segundo: *“De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto se que dicte, que será directamente apelable, determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas”*.

⁶¹ Como consta en el Acta de Sesiones de la jornada (accesible en www.poderjudicial.es), esta “tuvo como finalidad hacer unas reflexiones para fijar criterios en la materia que puedan servir a cada tribunal, sin perjuicio de su independencia e imparcialidad, como orientación en el ejercicio de su función”.

valoración *in limine litis* del documento en que se fundara la petición de monitorio (necesariamente reclamación sustentada en contrato B2C), pero no de carácter formal, como prevé el art. 815.1 LEC, sino material⁶², ya que tal examen iba dirigido a apreciar “el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible”, en cuyo caso daría cuenta al juez para que este, a su vez, diera audiencia “a las partes” por cinco días, resolviendo por auto, que de estimar la abusividad acordaría “bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas”.

Se infiere, por tanto, que ambas soluciones perseguían no solo posibilitar un control de oficio del carácter abusivo en monitorio, sino también cumplir con la doctrina sentada por el TJ sobre la necesaria información a las partes de la abusividad apreciada de oficio⁶³. No obstante, ni una ni otra nos parecen, en cuanto a esto último, del todo satisfactorias: la expuesta en el Acuerdo del TS contemplaba la audiencia al profesional pero no al consumidor (deudor), quien por ende no podría discutir –en caso de prosperar la alegación del otro requerida por el juez en fase de admisión– sobre abusividad alguna en sede de monitorio (art. 818 LEC); por su parte, el art. 815.4 LEC del Anteproyecto sí preveía el debate de las partes, que, a riesgo de desnaturalizar el proceso monitorio, cumpliría con el límite al control de oficio marcado por el TJ (respeto al principio de contradicción), pero dicho incidente *previo* al requerimiento *ex* art. 815.1 LEC restringía la actuación del deudor a opinar sobre la cláusula cuestionada –trámite para el que “no será preceptiva la intervención ni de Abogado ni de Procurador”, según el propuesto aptdo. 4, obviando la complejidad que pudiera suscitar tal debate, y dejando en el aire, al ser facultativa la postulación, la asistencia jurídica gratuita de tales profesionales⁶⁴–, cuando lo razonable sería, aunque fuera en aras de la economía procesal, que pudiera alegar otra razón contra la reclamación, no para discutirla en ese

⁶² Con atribución, por tanto, de facultades que excedían de lo que venía siendo objeto de su competencia, como apunta BANACLOCHE PALAO, J., “Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio”, en *DLL*, 30.7.2013, documento online (<http://diariolaley.laley.es>).

⁶³ Se buscara o no dicho cumplimiento, téngase presente que para entonces ya se habían dictado las SSTJ *Pannon GSM* y *Banif Plus Bank*, que aunque no referidas a nuestro ordenamiento, sentaron esa obligación informativa como deber que incumbe al juez que aprecie de oficio el carácter abusivo del clausulado.

⁶⁴ La defensa y representación gratuitas por abogado y procurador forman parte, como regla, de las prestaciones del derecho a la asistencia jurídica gratuita, cuando su intervención sea legalmente preceptiva (art. 6.3 Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), *ergo* el consumidor que, careciendo de medios económicos, pretenda ir asesorado a la audiencia en que se vaya a discutir el carácter abusivo, solo podrá hacerlo con Ltda. del turno de oficio cuando sea expresamente requerido por el juez para garantizar la igualdad de las partes en el proceso (excepción que contempla el citado art. 6.3); esto es, la designación de oficio quedaría condicionada a que el reclamante en el monitorio –empresario– contara con defensa jurídica y el juez requiriese la intervención gratuita para el deudor –consumidor– por auto motivado.

trámite (su análisis iría diferido a ulterior proceso declarativo) salvo que se tratara de la eventual existencia de otra cláusula abusiva no detectada *prima facie* de oficio.

La pretendida reforma del proceso monitorio quedó aparcada, hasta que en 2015 se aprobara por la Comisión de Justicia del Congreso, con competencia legislativa plena, el “Proyecto de Ley de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”⁶⁵ (en adelante, PLRLEC), que luego se materializó en la ya citada Ley 42/2015. La intención del legislador se dirigía a cumplir en sede de monitorio con las exigencias comunitarias, según rebaza el PLRLEC citando expresamente la *St. Banco Español de Crédito*, y de forma idéntica consta en la Ley 42/2015 (aptdo. V del Preámbulo de ambos textos, de igual redacción), razón por la cual “se introduce en el artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un nuevo apartado 4, un trámite que permitirá al juez, previamente a que el secretario judicial acuerde realizar el requerimiento, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en los contratos en los que se basen los procedimientos monitorios que se dirijan contra consumidores o usuarios y, en su caso, tras dar audiencia a ambas partes, resolver lo procedente, sin que ello produzca efecto de cosa juzgada, como exige la normativa europea”. En efecto, el aptdo. 68 del Artículo Único PLRLEC contemplaba la adición del siguiente aptdo. 4 al art. 815 LEC:

“Si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Cuando el juez apreciare que alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador.

De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas.

Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el secretario judicial procederá a requerir al deudor en los términos previstos en el apartado 1.

El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso”.

Tal adición consta en el aptdo. 76 del Artículo Único Ley 42/2015, con un leve retoque del pfo. 2º del nuevo art. 815.4 LEC, fruto de una enmienda de modificación técnica que tenía por fin “aclarar que el juez apreciará de oficio la existencia de

⁶⁵ Aprobado por dicha Comisión en fecha 17.6.2015 y publicado en BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 133-4, de 3.7.2015, pp. 1-42.

cláusulas abusivas”⁶⁶, párrafo que ahora reza así: *“El Juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciar que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador”* (negritas nuestras sobre el cambio operado por la enmienda). El resto del apartado 4 añadido al art. 815 LEC se ha mantenido respecto a la redacción del PLRLEC.

Como puede observarse, el nuevo art. 815.4 LEC encomienda al juez, y no al secretario judicial, inspeccionar de oficio el contrato base de la reclamación en busca de cláusulas que pudieran ser abusivas; mientras que, en coherencia con el examen formal previsto en art. 815.1, esto es, comprobación de que los documentos aportados por el peticionario son de los que permiten la admisión a trámite de la solicitud inicial, se deja al secretario la labor de vigilar si esta se funda en un contrato B2C, en cuyo caso lo remitirá al juez para que sea él quien busque y, en su caso, halle el clausulado abusivo. El PLRLEC, y por ende la Ley 42/2015, se aparta en este punto del Anteproyecto de 2013, al que no obstante sigue en lo relativo al trámite de audiencia a peticionario y deudor para decidir sobre el carácter abusivo, por lo que traemos aquí la crítica hecha previamente. Dicho trámite, que vemos necesario mas de formulación mejorable en el sentido que antes apuntamos, fue reprobado vía enmiendas en el Senado (que no prosperaron), por considerarlo prescindible⁶⁷ o, en línea con lo que planteaba el Acuerdo del TS de 2013, por entender suficiente la audiencia tan solo al requirente⁶⁸.

Tres años después de la St. *Banco Español de Crédito* se ha dado cumplimiento a la misma en cuanto al control de oficio de la abusividad en monitorio, trayendo la Ley 42/2015 un sistema que por fin lo posibilita; tiempo excesivo si tenemos presente que

⁶⁶ Así justificaba el propio Grupo Parlamentario Popular la enmienda nº 270 (BOCG, Senado, Núm. 571, de 28.7.2015, pp. 267-268) presentada en el Senado sobre el proyectado art. 815.4 LEC.

⁶⁷ En este sentido, enmiendas presentadas en el Senado por el Grupo Mixto y por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (respectivamente, enmiendas números 24 y 116, en BOCG, Senado, Núm. 571, de 28.7.2015, pp. 125 y 172), que rechazan la vista obligatoria con citación de ambas partes antes de resolver sobre el carácter abusivo del clausulado (sin perjuicio de que el demandado ya comparecido pueda plantear su existencia), pues ello *“implica un trámite innecesario, con la citación al deudor que todavía no es parte, siendo una cuestión de mera interpretación jurídica del contrato”*.

⁶⁸ Así, las enmiendas presentadas en el Senado por los Grupos Parlamentarios Entesa pel Progrés de Catalunya y Socialista (respectivamente, enmiendas 72 y 168, en BOCG, Senado, Núm. 571, de 28.7.2015, pp. 47 y 196), proponiendo un sistema por el cual el juez, antes de decidir, solo ha de convocar a una vista al requirente sin necesidad de que comparezca el requerido *“ya que la vista se limita a resolver las cuestiones sobre cláusulas abusivas”*, evitando así convertir *“el juicio monitorio es una especie de juicio declarativo”*.

tal sentencia comunitaria no solo reprochó el régimen procesal del monitorio español – cosa que también hizo la St. *Finanmadrid EFC*, dictada en 2016 mas referida a la situación previa a la reforma operada por dicha Ley– sino también la integración judicial *ex art. 83 TRLCU*⁶⁹, habiéndose reformado este precepto sustantivo (ya no prevé integración y exige ahora audiencia de las partes previa a la declaración de nulidad) mediante la Ley 3/2014, que sin embargo no se aprovechó para hacer lo propio con las normas procesales que regían el monitorio, a pesar de que la exigencia de ambas reformas derivaba de la misma resolución del Tribunal de Justicia.

B) Ejecución

Más empeño puso el legislador español en reformar la LEC en sede ejecutiva, tanto fue así que para cuando el TJ dictó el Auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia* ya se había corregido el déficit reprochado por tal resolución, cual era que la normativa procesal no permitía controlar de oficio la abusividad, ni tampoco a instancia de parte, en el marco de la ejecución hipotecaria. Y es que tal corrección se produjo con la Ley 1/2013 a raíz de la St. *Aziz*, cuyo aparente silencio acerca de posibilitar dicho examen no fue tomado por el legislador en sentido negativo, pues se introdujo un párrafo II al art. 552.1 LEC –incardinado en las normas generales de la ejecución– que venía a *facultar* al juez para apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales que constituyan el fundamento de la demanda ejecutiva⁷⁰ (tornándose en obligatorio examen de oficio tras la Ley 42/2015⁷¹), control que respeta el principio de contradicción (y con ello la jurisprudencia del TJ), pues en tal caso el juez debe dar audiencia a las partes y tras ello resolver por auto, que de estimar la abusividad denegará el despacho de ejecución o bien la despachará sin aplicación de la cláusula considerada abusiva, según prevé el tercer ordinal del art. 561.1 LEC, también añadido por Ley 1/2013.

Al fijarse *in limine litis* el control de oficio, la reforma implica matizar el principio clásico de la ejecución, cual es que su despacho se hace *in audita parte*

⁶⁹ Tema que trataremos *infra*, epígrafe 3.2.2.C).

⁷⁰ Como confirmaría posteriormente el Gobierno español, a pesar de las modificaciones que la Ley 1/2013 introdujo en la LEC como consecuencia de la St. *Aziz*, el art. 552.1.II LEC no imponía el control de oficio sino que venía meramente a atribuir la facultad de efectuar tal examen, según consta en el aptdo. 39 de la STJ 17.7.2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14 (en adelante, St. *Sánchez Morcillo y Abril García*).

⁷¹ Al introducir, en el añadido (por Ley 1/2013) pfo. 2º del art. 552.1, un primer inciso que reza así: “El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva”.

*debitoris*⁷², matiz que opera ahora cuando se insta por profesional contra consumidor, ya que en tal caso el juez que aprecie de oficio una eventual abusividad oír al deudor (consumidor) con carácter previo al despacho de ejecución. Mas el problema radica en que ello, unido a lo previsto en DT 4ª de la Ley 1/2013, imposibilitaba o hacía excesivamente difícil un control de oficio sobrevenido en los procesos ejecutivos que estaban en curso al entrar aquella en vigor, respecto de los cuales *tan solo se dispensó al ejecutado*, para quien ya se hubiera iniciado o transcurrido el plazo legal de oposición a la ejecución, un *plazo preclusivo de un mes*⁷³ para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas, esto es, la nueva causa para oponerse a la ejecución de *títulos no judiciales*, tanto ordinaria como hipotecaria (arts. 557.1.7ª y 695.1.4ª LEC, respectivamente), que también introdujo dicha Ley.

De lo anterior extraemos **dos consideraciones críticas**. **Primera**, aunque se celebre que el legislador haya ampliado las causas de oposición, dando entrada a la abusividad como nuevo motivo, téngase en cuenta que, cuando por fin acometió (obligado vía TJ) la solución de esa falla del sistema, actuó sobre los títulos ejecutivos no judiciales pero dejando a un lado los que, sin ser judiciales, son *asimilados* a estos, concretamente los *laudos arbitrales*. El PLRLEC contemplaba la adición de un tercer párrafo al art. 552.1, que hubiera venido a completar el imperativo examen de oficio cuando se ejecutan títulos *ex art. 557* (inciso primero del art. 552.1.II, añadido por Ley 42/2015) y correspondiente trámite de apreciarse abusividad en tal examen (hoy inciso segundo del art. 552.1.II, previamente introducido por Ley 1/2013), pues dicho párrafo abocaba, tratándose de ejecución de laudos, a controlar de oficio el posible carácter abusivo de cláusulas arbitrales en contratos B2C⁷⁴, dando con ello cobertura a la St. *Asturcom Telecomunicaciones* (analizada anteriormente) y “*al criterio consolidado en nuestra jurisprudencia al incorporar la posibilidad del control judicial de las cláusulas abusivas en el despacho de ejecución de laudos arbitrales, al igual que ya está previsto para los títulos no*

⁷² Como es sabido, no existe una admisión como tal de la demanda ejecutiva, sino que se despacha o se deniega el despacho de ejecución, y ello sin oír al deudor, quien no obstante *podrá* personarse posteriormente en la ejecución en caso de que se despache. Ahora esta regla general encuentra una excepción cuando subyazca una relación B2C, porque el deudor (consumidor) vendrá *obligado* a personarse en caso de apreciarse de oficio la abusividad, porque será requerido judicialmente al efecto de ser oído al respecto antes de despacharse la ejecución (cosa distinta es que no atienda el emplazamiento), y de hecho para que el juez, oyendo también al ejecutante (profesional), la despache o la deniegue.

⁷³ Computado desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, según su DT 4ª, 2 y 3.

⁷⁴ El proyectado art. 552.1.III decía: “*El procedimiento descrito en el párrafo anterior se seguirá también cuando, en el despacho de la ejecución de un laudo arbitral que haya adquirido fuerza de cosa juzgada, el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas arbitrales contenidas en el contrato celebrado entre empresarios o profesionales con consumidores o usuarios puede ser abusiva*” (aptdo. 58, art. único PLRLEC, en BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 133-4, de 3.7.2015, p. 26).

judiciales”, según rezaba el Preámbulo del PLRLEC y así sigue constando en el de la Ley 42/2015 (aptdo. V *in fine* de ambos) a pesar de que el proyectado párrafo fue finalmente suprimido⁷⁵, de modo que para la ejecución de laudos arbitrales sigue sin preverse en la LEC control de oficio de la abusividad (tampoco la invocación de esta como motivo de oposición)⁷⁶, carencia que se hace aún más patente –y sonrojante técnicamente para el legislador– a la vista de la DT 2ª Ley 42/2015, que hace referencia al último párrafo del art. 552.1 LEC (esto es, el proyectado pfo. 3º) como si no se hubiera suprimido⁷⁷.

Segunda, al no contemplarse un control de oficio sobrevenido del carácter abusivo en sede ejecutiva y restringir su revisión extraordinaria a la alegación del consumidor en plazo preclusivo de un mes, con independencia de que estuviera o no personado en la ejecución y sin requerirse un expreso acto de comunicación judicial sobre tal posibilidad⁷⁸ (con riesgo de que no se ejerciera por desconocimiento o por imposibilidad de hacerlo, tras conocerse, fuera de plazo, y ello sin que el juez pudiera remediarlo de oficio *a posteriori*), el régimen transitorio de la Ley 1/2013 suscitó dudas de inconstitucionalidad⁷⁹ y cuestionamiento prejudicial comunitario, lo cual no es de

⁷⁵ Vid. BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 133-5, de 17.9.2015, p. 50.

⁷⁶ En efecto, nótese que el nuevamente reformado art. 552.1.II LEC restringe el control de oficio a “las cláusulas incluidas en un *título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1*” (cursivas nuestras), precepto este último que no recoge el laudo arbitral, como sí hace el art. 556 LEC, dedicado a la oposición a la ejecución de resoluciones procesales y *arbitrales*, donde no se contempla la abusividad como causa de oposición. La Ley 42/2015 no ha modificado el art. 556; tampoco se contemplaba su modificación en el PLRLEC, aunque este tenía intención de solucionar, al menos, la falta de previsión de la LEC sobre el control de oficio en la ejecución de laudo arbitral, que era el *quid* de la cuestión vista por la St. *Asturcom Telecomunicaciones*.

⁷⁷ Una prueba más de la “exquisita” técnica a la que nos tienen acostumbrados los representantes públicos en la tramitación legislativa. La DT 2ª PLRLEC ha pasado sin modificación alguna a su homónima de la Ley 42/2015, con lo cual el régimen transitorio previsto para las ejecuciones de laudos no archivadas al entrar en vigor tal ley (aptdo. 3 DT 2ª) ha quedado en la inocuidad, porque solo tenía sentido entonces y no ahora, esto es, cuando el texto de la reforma legal contemplaba la adición del pfo. 3º al art. 552.1 LEC.

⁷⁸ Según la DT 4ª.4 Ley 1/2013 “la publicidad de la presente Disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto”. El Grupo Parlamentario Socialista presentó el 16.8.2013 recurso de inconstitucionalidad contra dicha Ley (a ello ya nos referimos en el epígrafe 1.1), donde se alegaba, entre otros motivos, que la notificación por BOE del plazo de preclusión prevista en esa DT no cumplía el mandato del art. 9.3 CE (que garantiza la publicidad de las normas y la seguridad jurídica), ya que puede llevar a los consumidores a ignorar sus derechos o a no poder asumir gastos de defensa en un proceso, además de que la notificación vía diarios oficiales es residual y subsidiaria, así la forma de notificación señalada en la DT 4ª “*vulnera de forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un procedimiento con todas las garantías, en tanto no le es posible acudir al recurso de amparo que establece el art. 53.2 CE*” (pp. 52 y 53 del recurso).

⁷⁹ Además del recurso del Grupo Parlamentario Socialista (vid. n. previa), nos hacemos eco de la cuestión planteada por AJPII nº 3 Carlet 21.2.2014, en relación a la DT 4ª, que fue inadmitida por el TC al no superar el juicio de relevancia preciso (ATC 22.7.2014, FJ 3º). Ahora bien, que no prosperase no significa que dicha

extrañar porque, además de ir *contra natura* de la nulidad de las cláusulas abusivas⁸⁰, podría no respetar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como la referente al valor retroactivo de las resoluciones comunitarias que interpretan una norma de la UE⁸¹, o la relativa a la protección *ex officio* del consumidor declarada imprescriptible (St. *Cofidis*, aptdo. 38). Precisamente esto último fue planteado al TJ, junto a otras cuestiones, por el JPI nº 5 Alcobendas, mediante Auto de 24.4.2014, pero, por razones que se escapan, la petición de decisión prejudicial fue resuelta por el Tribunal de Justicia en Auto de 17.3.2016, *Ibercaja Banco*, C-613/15 (en adelante, Auto *Ibercaja Banco*), omitiendo la pregunta hecha por el remitente sobre la posible vulneración de la doctrina *Cofidis*⁸².

Basándose en que la DT 4ª Ley 1/2013 pudiera resultar contraria a los arts. 6 y 7 Dir. 93/13, el JPII nº 4 Martorell y el JPI nº 2 Santander elevaron sendas peticiones de decisión prejudicial poniendo en cuestión el plazo transitorio establecido por el legislador español⁸³. Al respecto, el TJ examinó su compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad en el marco de aplicación de dichos preceptos, análisis que comprendió dos elementos: i) la duración del plazo, estimando que el preclusivo de un mes para formular el incidente extraordinario de oposición no parecía, en principio, materialmente insuficiente para la preparación e interposición de un recurso judicial efectivo⁸⁴; ii) el mecanismo previsto por el legislador para determinar el inicio de ese

DT sea inmaculada desde el punto de vista constitucional, es más, al inadmitir esa cuestión, por defectuoso planteamiento, el TC obvió el principio de primacía del Derecho comunitario (sobre tal principio vid. *supra* epígrafe 1.2). Y si la St. *Cofidis* ya declaró que la protección de la Dir. 93/13 se opone a una normativa que impida al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o por vía de excepción opuesta por el consumidor, una cláusula abusiva, tendríamos que el plazo preclusivo de la DT 4ª es contrario al Derecho de la UE y por ende inconstitucional por contrario al art. 96 CE, de modo que el juez debería abstenerse de aplicarlo, precisamente en virtud de la primacía del Derecho comunitario.

⁸⁰ Dado que dicha nulidad lo es *de pleno derecho* (arts. 83 TRLCU y 8 LCGC), su acción es imprescriptible: vid., por todas, STS 14.3.2002, FJ 3º y jurisprudencia ahí citada. Ello resulta lógico si atendemos a la propia noción de prescripción, que en palabras de CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001, p. 45, “es la extinción de una pretensión a consecuencia de no haber ejecutado, durante un cierto espacio de tiempo, ninguno de los actos que el ordenamiento jurídico considera como causas de interrupción”.

⁸¹ Sobre esto último, vid. St. *RWE Vertrieb*, aptdo. 58 y resoluciones ahí citadas. En este sentido, ANTA GONZÁLEZ, J.M. (“Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, en *DLL*, 27.1.2014, documento online, <http://diariolaley.laley.es>), para quien las DDTT 1ª y 4ª Ley 1/2013 merecen cuestionamiento ante el TJ.

⁸² En efecto, el Auto *Ibercaja Banco* recoge en su aptdo. 21 las otras cuestiones planteadas por el remitente, que son las que responde, como si aquel no hubiera preguntado lo que consta en la petición recibida en el TJ el 20.11.2015, y publicada en DO C 48 de 8.2.106, p. 17: “¿La disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 vulnera la jurisprudencia *Cofidis*?”. Vid. AJPI nº 5 Alcobendas 24.4.2014, Parte Dispositiva, Segundo, pto. 2.

⁸³ Peticiones presentadas, respectivamente, en fecha 10.1.2014 (DO C 102 de 7.4.2014, p.14), asunto C-8/14, *BBVA*, y en fecha 10.9.2014 (DO C 421, de 24.11.2014, p. 19), asunto C-421/14, *Banco Primus*.

⁸⁴ Y por tanto, no consideró que la DT 4ª fuera contraria al principio de efectividad: St. *BBVA*, aptdos. 31 y 32. El TJ ya tenía declarado, en cuanto a plazos procesales, que el plazo disponible para la preparación e

plazo –publicación en el BOE de la Ley 1/2013–, entendiendo que, por cuanto el plazo preclusivo comenzaba a correr sin que los afectados fueran informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento ejecutivo ya iniciado antes de entrar en vigor la Ley 1/2013, su DT 4ª no garantizaba que se pudiera aprovechar plenamente ese plazo ni, por ende, el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión⁸⁵. Por ello, concluye el TJ que la DT 4ª vulneraría el principio de efectividad⁸⁶, declarando que los arts. 6 y 7 Dir. 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado una ejecución antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que a esa fecha no hubiera concluido, un plazo preclusivo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales (St. BBVA, aptdo. 42).

Dejando a un lado ese régimen transitorio, lo que no admite discusión es que si se invocara la abusividad como causa de oposición y esta fuese desestimada, el consumidor no tendría posibilidad alguna de que un tribunal distinto al de la ejecución apreciase su existencia, ya sea de oficio o a instancia de parte, y lo mismo ocurre en caso de que no llegara a invocarse en sede ejecutiva. En efecto, si el consumidor pretendiese una declaración de abusividad en ulterior proceso, no podría hacerlo por impedirlo el juego de los arts. 222.4 y 400 LEC⁸⁷, y aunque pudiera, el juez del declarativo no estaría facultado para suspender la ejecución hipotecaria pues la Ley 1/2013 no reformó el art. 698 LEC⁸⁸. Y en cuanto a su control *ex officio*, sabemos que si el juez no aprecia por sí la abusividad al conocer la demanda ejecutiva, una vez

interposición de un recurso judicial efectivo debe ser materialmente suficiente: STJ 28.7.2011, *Samba Diouf*, C-69/10 (en adelante, St. *Samba Diouf*), aptdo. 66; que de hecho es objeto de cita en St. BBVA, aptdo. 29.

⁸⁵ Existiendo además un riesgo elevado de que ese plazo expirase sin que los consumidores afectados pudiesen hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben en realidad, la amplitud exacta de sus derechos (St. BBVA, aptdos. 39 y 40).

⁸⁶ St. BBVA, aptdo. 41. Respecto al principio de equivalencia, el TJ que no contaba con ningún elemento que suscitara dudas acerca de la conformidad de la DT 4ª con dicho principio (St. BBVA, aptdo. 25).

⁸⁷ Como apunta GIMENO SENDRA, V. (“Las cláusulas abusivas”, en DLL, 1.7.2013, p. 4), los efectos de la cosa juzgada “se extienden, por obra de lo dispuesto en el art. 400.2 LEC, no sólo al motivo de impugnación expresamente alegado, sino también a todos los que pudieron y debieron ser invocados (art. 222.4 en relación con el art. 400 LEC)”, y por tanto, en caso de desestimarse la oposición por abusividad, o si se fundara en otra causa cuando pudo haberse alegado aquella, “la pretensión ejecutiva del profesional quedará absolutamente amparada”. Antes de la reforma operada por Ley 1/2013 sí cabía acudir al ulterior declarativo para discutir sobre la abusividad, precisamente porque esta no estaba contemplada entre las causas de oposición a la ejecución y por tanto no se podía invocar en sede ejecutiva.

⁸⁸ Como ya comentamos *supra*, epígrafe 1.1.

despachada la ejecución solo puede apreciarla a instancia de parte, pero también que la jurisprudencia comunitaria aboga por su *revisión de oficio en apelación* aun en el caso de que no se invocara en primera instancia; en principio, un tribunal de segunda instancia puede apreciar de oficio la nulidad de una cláusula por abusiva⁸⁹, pero *no si la legislación nacional impide recurrir ante un tribunal superior, y esto es precisamente lo que acontecía respecto al ejecutado hipotecario con el art. 695.4 LEC*, como vamos a ver a continuación.

C) Apelación

Tal disposición, que ya antes de la Ley 1/2013 solo permitía recurrir el auto que *estimase* las causas de oposición 1ª y 3ª del art. 695.1 LEC (estimación que da lugar al sobreseimiento de la ejecución), mantuvo prácticamente inalterada su redacción tras dicha Ley, pues lo que hizo esta fue, como consecuencia de la introducción de una causa 4ª (abusividad, que de estimarse supone el sobreseimiento o la continuación sin cláusula abusiva⁹⁰), añadir la posibilidad de recurrir el auto *estimatorio* de dicha causa en todo caso. Así, la Ley 1/2013 trajo consigo una problemática inédita hasta entonces: el art. 695.4 LEC permitía recurso de apelación contra el auto que, estimando la oposición del ejecutado, pusiera fin al proceso o inaplicase la cláusula abusiva, pero no lo admitía en el caso contrario, y por tanto, mientras el ejecutante podía apelar la resolución contraria a sus intereses (sobresyera o no el proceso), el ejecutado que viera rechazada su oposición no disponía de esa posibilidad de recurso.

Esta modificación legislativa, que propiciaba un diferente tratamiento procesal del recurso, según a quien desfavoreciera la resolución, y que impedía al consumidor acudir a un órgano superior que pudiera apreciar, de oficio o a instancia de parte, la abusividad, alegada o no en primera instancia, provocó el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad contra el remozado art. 695.4 LEC, que se vieron inadmitidas con el argumento de que la disposición cuestionada carecía de relevancia para resolver el proceso *a quo*⁹¹, y es que el rigorismo del TC suponía *de facto* que solo pudiera realizar tal cuestionamiento el tribunal que tuviese que decidir acerca de un recurso

⁸⁹ Porque puede hacerlo respecto a las que contraríen las normas de orden público nacionales (en este sentido, STS 20.7.2006, FJ 5º), y el mismo trato procesal deben recibir las comunitarias de igual naturaleza, como el art. 6.1 Dir. 93/13. En concreto sobre cláusulas abusivas, vid. STS 22.4.2015, FJ 8º.

⁹⁰ Según lo dispuesto en art. 695.3.II LEC, esto es, dependiendo de que la cláusula fundamente o no la ejecución. En este sentido, el art. 695.1.4ª LEC prevé oposición por “*el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*”.

⁹¹ En efecto, esta misma respuesta recibieron las cuestiones planteadas por AJPII nº 7 Avilés 14.11.2013 y AJPII nº 3 Carlet 21.2.2014, en ATC 8.4.2014 (FJ 5º) y ATC 22.7.2014 (FJ 4º), respectivamente.

vedado legalmente, esto es, *tendría que darse el caso de que el ejecutado hipotecario presentara apelación y el recurso fuese admitido a trámite en contra de lo dispuesto en el aquel precepto*⁹². En tal situación se vio, precisamente, la Sección 3ª AP Castellón, que, en vez de dirigirse al TC, lo hizo al Tribunal de Justicia, planteando mediante auto de 2.4.2014 cuestión prejudicial comunitaria sobre el art. 695.4 LEC, por considerarlo contrario al art. 7.1 Dir. 93/13 en relación con el art. 47 CDFUE, cuestión que resolvería la citada St. *Sánchez Morcillo y Abril García*.

El asunto tenía su enjundia desde el punto de vista procesal interno, ya que, tras admitirse a trámite el recurso de apelación por el JPI (nº 3 de Castellón), fue remitido para su resolución a dicha Sección 3ª, que debía decidir, por auto no susceptible de ulterior impugnación⁹³, si tal recurso debía desestimarse *a limine* por no tener cabida en la legislación nacional y concurrir un motivo de inadmisión a trámite⁹⁴ o si, por el contrario, procedía su examen, lo cual sería factible en caso de que el TJ entendiera que el art. 695.4 LEC no resultara conforme al ordenamiento de la UE, pues de ser así tal precepto debería dejarse inaplicado en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario (sobre tal principio vid. epígrafe 1.2). Precisamente el que pudiera o no entrar a analizarse el recurso era el objeto de la cuestión prejudicial planteada, más allá de la fuerza de los motivos que pretendieran someter a la AP los ejecutados apelantes, que no habían invocado la abusividad ni en primera instancia ni en dicho recurso, pues si este no fuera *a priori* rechazable el tribunal *ad quem* podría apreciar de oficio el carácter abusivo en segunda instancia siempre que dispusiera de los elementos fácticos y jurídicos para ello (concurrentes a criterio de la AP, que, a la vista del contrato celebrado, entendía que los intereses moratorios eran abusivos⁹⁵).

⁹² Cfr. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., "La STJUE 17 julio 2014 y la posibilidad de recurso en el procedimiento de ejecución hipotecaria", en RAD, nº 6/2014, versión electrónica, BIB 2014\3353, p. 2.

⁹³ Al haberse apelado contra un AJPI, la resolución de la AP debía revestir la forma de auto y el art. 477.2 LEC prevé la posibilidad de interponer casación contras las sentencias de las AAPP, pero no contra sus autos, que serían *irrecorribles*: así, i.a., AATS 4.6.2013 (FJ 2º) y 14.1.2014 (FJ 2º), siguiendo lo establecido por Acuerdo TS 30.12.2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (concretamente pto. II.1 de este Acuerdo de la Sala 1ª).

⁹⁴ Según criterio del TS (v.g., SSTs 8.10.2013, FJ 5º; 18.12.2013, FJ 3º) la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso que, sin embargo, ha sido admitido a trámite, es causa de desestimación en el momento de resolución del mismo por el tribunal, como recuerda el AAP Castellón 2.4.2014, FJ 1º.

⁹⁵ En FJ 6º AAP Castellón 2.4.2014, sobre la primera cuestión, decía que "*en el concreto procedimiento en que se plantea la cuestión, en el contrato celebrado con los consumidores en que el banco ejecutante funda su derecho se pactaron unos intereses de demora del 19% anual, que tienen carácter abusivo, en la medida en que son muy superiores al legal del dinero vigente durante el tiempo en que han sido aplicados, en que el interés legal era el 4%*".

La petición de decisión prejudicial se tramitó por el *procedimiento acelerado* previsto en el art. 105 RPTJ⁹⁶, no tanto por el indudable número de potenciales afectados⁹⁷, sino por el riesgo de que los consumidores perdieran su vivienda habitual, poniendo a su familia en una situación particularmente delicada⁹⁸. A través de las cuestiones planteadas por la AP remitente, esta pedía sustancialmente que el TJ dilucidara si el art 7.1 Dir. 93/13 (que impone a los Estados la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan *medios adecuados y eficaces* para que cese el uso de cláusulas abusivas), en relación con el art. 47 CDFUE (que proclama el principio del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio equitativo y en *igualdad de armas*), debía interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo⁹⁹, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la media en que este, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

Para dar una respuesta el TJ analizó si la normativa nacional resultaba conforme con los principios de equivalencia y efectividad, pues si bien, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de

⁹⁶ Cuyo aptdo. 1 establece que “a instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente de oficio el Presidente del Tribunal podrá, tras oír al Juez Ponente y al Abogado General, decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, *cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo*”.

⁹⁷ La legislación nacional que impide al ejecutado recurrir en apelación la resolución contraria a sus intereses afecta a la totalidad de los demandados consumidores en los procedimientos de ejecución hipotecaria, cuyo número es ingente en el contexto de crisis económica padecida por España. No obstante, según jurisprudencia comunitaria (v.g. AAPTJ 21.9.2006, *KÖGÁZ y otros*, C-283/06 y C-312/06, aptdo. 9; 3.7.2008, *Plantanol*, C-201/08, aptdo. 10; 5.10.2012, *Abdullahi*, C-394/12, aptdo. 11), el número elevado de personas o de situaciones jurídicas que puedan verse afectadas por la resolución que deba dictar un órgano jurisdiccional remitente tras solicitar que el Tribunal de Justicia se pronuncie con carácter prejudicial no puede, como tal, considerarse una circunstancia excepcional que sirva para justificar la aplicación del procedimiento acelerado.

⁹⁸ APTJ *Sánchez Morcillo y Abril García*, ya citado, aptdo. 11, mediante el cual se decidió atender la solicitud de la Audiencia remitente de que el asunto se tramitara por el procedimiento acelerado (que basó su procedencia, además de en el elevado número de personas pudieran verse comprometidas, en la afectación del derecho a la vivienda: FJ 7º AAP Cáceres 2.4.2014), puesto que una respuesta del TJ en un plazo lo más breve posible podría reducir sensiblemente ese riesgo de perder la vivienda (aptdo. 13).

⁹⁹ Como ya advertimos *supra*, la Ley 1/2013 no modificó el art. 698.1 LEC, que, por tanto, sigue impidiendo dicha suspensión.

aplicación de los recursos de apelación admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria contra las resoluciones que se pronuncien sobre la legitimidad de una cláusula contractual, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud de su autonomía procesal, el TJ advirtió que tales modalidades debían respetar aquellos principios comunitarios (St. *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdo. 31). Respecto al de equivalencia, no se suscitaron dudas en cuanto a su conformidad¹⁰⁰; y respecto al de efectividad, tras recordar el TJ la obligación que tiene el juez nacional de observar la exigencia de tutela judicial efectiva consagrada en el art. 47 CDFUE (St. *Banif Plus Bank*, aptdo. 29), y señalar que el hecho de que el consumidor ejecutado tan solo disponga de una única instancia para hacer valer sus derechos no resulta en sí mismo contrario al Derecho de la UE¹⁰¹, advirtió que no obstante, al tener en cuenta el lugar que el art. 695.4 LEC ocupa en el conjunto del ordenamiento¹⁰², resultaban ineludibles ciertas consideraciones¹⁰³, que resumidamente exponemos a continuación.

En primer lugar, el trato privilegiado que la normativa procesal española concede al profesional, en el sentido de que puede ocurrir que un procedimiento de ejecución hipotecaria que tenga por objeto un *bien inmueble que responda a una necesidad básica del consumidor, cual es procurarse una vivienda*, sea incoado por un profesional en base a un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva, sin que el contenido de dicho documento ni siquiera haya sido objeto de un examen judicial destinado a determinar el carácter eventualmente abusivo de una o varias de las cláusulas que contenga. Además, en el caso de desestimarse la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal

¹⁰⁰ Señala el TJ que de las disposiciones del art. 695, aptdos. 1 y 4, se desprende que el sistema procesal español impide que el consumidor pueda recurrir en apelación contra la resolución que desestime su oposición a la ejecución, no sólo cuando tal oposición se fundamente en abusividad con arreglo al art. 6 Dir. 93/13, “sino tampoco cuando se fundamente en la infracción de una norma nacional de orden público, extremo que, no obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar”. Por tanto, nuestro sistema respetaría el principio de equivalencia por demérito, es decir, por no permitir ni una cosa ni otra, sobre lo cual el TJ conviene por defecto, pues “no cuenta con ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la conformidad con dicho principio de la normativa controvertida”, de hecho remite a la AP para verificarlo (St. *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 32 y 33).

¹⁰¹ Pues según tal Derecho, el principio de tutela judicial efectiva no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal (St. *Samba Diouf*, aptdo. 69).

¹⁰² Siendo ello preciso desde que la St. *Peterbroeck* sentara que cuando se cuestione si una disposición nacional imposibilita o hace excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse el lugar que aquella ocupa dentro del conjunto del procedimiento. Sobre esta doctrina vid. *supra* n. 42.

¹⁰³ St. *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 36 y 37.

español, considerado en su conjunto, expone a aquel, o incluso a su familia, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de esta¹⁰⁴.

En segundo lugar, el desarrollo de la oposición a la ejecución, que coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una *situación de inferioridad* en relación con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Dir. 93/13. Se reconoce a dicho profesional el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no se permite, en cambio, que el consumidor interponga recurso contra la decisión que desestime la oposición a la ejecución. Este *desequilibrio entre los medios procesales* de que disponen consumidor y profesional no hace sino acentuar el desequilibrio que existe, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como a nivel de información, entre las partes contratantes, poniéndose así en peligro la realización del objetivo perseguido por la Dir. 93/13. El citado desarrollo de la oposición a la ejecución, previsto en el art. 695 LEC, *resulta contrario al principio de igualdad de armas o igualdad procesal*, que forma parte del principio de tutela judicial efectiva¹⁰⁵, y que no es sino corolario del concepto mismo de proceso justo¹⁰⁶, el cual implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria¹⁰⁷.

En tales circunstancias, concluye la St. *Sánchez Morcillo y Abril García* (aptdo. 50) que el procedimiento español de ejecución hipotecaria se caracteriza por *disminuir la efectividad* de la protección del consumidor que pretende la Dir. 93/13, interpretada en relación con el art. 47 CDFUE, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la *desigualdad de armas* entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que tal directiva atribuye a los consumidores.

A raíz de tal pronunciamiento se modificó de nuevo el art. 695 LEC, mediante la DF 3ª del RDL 11/2014, de 5 de septiembre¹⁰⁸, cuya EM reconoce (pto. VI) que dicho

¹⁰⁴ St. *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 38 y 43.

¹⁰⁵ SSTJ *Otis y otros*, aptdo. 48; *Banif Plus Bank*, aptdo. 29.

¹⁰⁶ STJ 21.9.2010, *Suecia y otros/API y Comisión*, C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, aptdo. 88.

¹⁰⁷ St. *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 44-49.

¹⁰⁸ De medidas urgentes en materia concursal, en BOE nº 217, de 6.9.2014.

cambio obedeció a la necesidad de adaptar la LEC a dicha sentencia, y con ello, “*el deudor hipotecario podrá interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si ésta se fundaba en la existencia de una cláusula contractual abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o la cantidad exigible*”. En efecto, así se contempla ahora en el art. 695.4 LEC, que al abrir por primera vez la vía de apelación al ejecutado, no solo permite expresamente que recurra cuando haya invocado la abusividad como causa de oposición y esta sea desestimada, sino que además posibilita implícitamente el **control ex officio en segunda instancia, posibilidad que ha sido reconocida por la STS 22.4.2015**¹⁰⁹, dictada en Pleno (sentando pues dontrina), con cita a la STJ *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

A pesar de dicha modificación, la AP Castellón siguió albergando dudas sobre la compatibilidad de la disposición ya reformada con el objetivo de protección de los consumidores perseguido por la Dir. 93/13, en relación con el principio de igualdad de armas *ex art. 47 CDFUE*; habida cuenta de que, aun cuando tal modificación trajo consigo que el consumidor ejecutado pudiera recurrir el auto desestimatorio de la oposición fundada en el carácter abusivo, únicamente se le permite apelar en tal caso, mientras que el profesional ejecutante puede recurrir en apelación contra el auto de sobreseimiento de la ejecución (incluso contra el que ordene la inaplicación de una cláusula abusiva), con independencia de cuál sea la causa en que se haya basado la oposición estimada. Así, la AP decidió suspender nuevamente el procedimiento y plantear otra cuestión prejudicial (mediante resolución de 21.11.2014), preguntando ahora al TJ sobre la compatibilidad del reformado art. 695.4 LEC con la normativa antedicha, al entender que conforme a tal disposición el profesional ejecutante *dispone de más medios de apelación* que el consumidor ejecutado.

Esta nueva cuestión prejudicial ha sido resuelta en fecha 16.7.2015 por Auto *Sánchez Morcillo y Abril García*, donde el TJ sostiene que la problemática planteada es ajena al ámbito de aplicación de la Dir. 93/13, pues esta se limita a proteger a los consumidores frente al uso de cláusulas abusivas, y el art. 695.4 LEC ya garantiza, con la reforma operada por RDL 11/2014, una acción completa y suficiente para que cese el uso de tales cláusulas en la escritura de hipoteca de la que resulta la deuda reclamada y constituye el fundamento del título ejecutivo, de manera que no puede afectar negativamente a la efectividad de la protección pretendida por la Directiva, aun

¹⁰⁹ Considera que la abusividad de una cláusula no negociada individualmente en un contrato B2C es apreciable de oficio cuando se resuelve un recurso de apelación, y que las consecuencias de la nulidad provocada por el carácter abusivo de la cláusula, en los términos que se derivan de la jurisprudencia comunitaria y nacional, han de ser aplicadas de oficio por los tribunales (vid. FJ 8º).

cuando la restricción de la apelación para el consumidor (sólo cuando haya opuesto, sin éxito, la causa 4ª del art. 695.1 LEC) no se predica respecto del profesional (que puede recurrir la estimación de la oposición basada en toda causa)¹¹⁰. Añade el TJ que, tras la corrección legislativa, se garantiza el principio de igualdad de armas contra el uso de cláusulas abusivas, ofreciéndose al consumidor una oportunidad razonable de ejercitar las acciones judiciales basadas en los derechos reconocidos en la Dir. 93/13 en condiciones que no lo coloquen en una situación de manifiesta desventaja con el profesional acreedor ejecutante¹¹¹.

3.2. SANCIÓN A LA ABUSIVIDAD Y CONSECUENCIAS: SISTEMA NACIONAL, COMUNITARIO Y MODERNIZADOR EUROPEO DESDE LA JURISPRUDENCIA

A lo largo de este Capítulo y los precedentes se deduce que la *sanción* que reciben las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento es la de su *nulidad*, a la que nos hemos referido en momentos puntuales sin extendernos entonces sobre el particular. Ahora analizaremos esta cuestión, que en el caso español no parte de la Dir. 93/13, pues esa sanción es la que tradicionalmente se ha utilizado a nivel interno (ya la contemplaba la versión originaria de la LCU en su art. 10.4), pero es cierto que tras resultarnos aquella operativa hemos tenido que asumir la interpretación que de sus disposiciones realiza el Tribunal de Justicia, y concretamente del art. 6.1, que si bien da libertad a los Estados miembros para determinar los aspectos técnicos de la “no vinculación” de la cláusula abusiva, la jurisprudencia que interpreta tal precepto ha ido matizando esa facultad interna en cuanto a las consecuencias de la sanción sobre el resto del contrato, y ello ha llevado a que el legislador español haya tenido que modificar las previsiones sobre su integración judicial a raíz de los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo.

De lo que se trata ahora es de exponer dicho régimen comunitario, positivo y jurisprudencial, el impacto que ha tenido en el sistema nacional, lo que nos conducirá al estudio interno de la cuestión y su problemática actual, así como la regulación que, desde esta perspectiva, prevén los nuevos instrumentos sobre la sanción de las cláusulas abusivas y sus consecuencias.

¹¹⁰ Auto *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 43-45.

¹¹¹ *Ib.*, aptdo. 49.

3.2.1. Mecanismo correctivo y efectividad de su declaración judicial

A) Carencia vinculatoria de la cláusula abusiva

El art. 6.1 Dir. 93/13, en su primera parte, prevé que “los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, *en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales*, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional”. Recordemos que se trata de una disposición de carácter imperativo (St. *Mostaza Claro*, aptdo. 36), donde el mandato a los Estados se centra en garantizar la *no vinculación* del clausulado abusivo¹¹², siendo potestativa su concreción técnica nacional¹¹³, prueba de ello es que en España tales cláusulas son nulas *ipso iure* (art. 83 TRLCU, yuxtapuesto art. 8 LCGC para la contratación estandarizada), en Francia se consideran “no escritas” (*non écrites*, art. L. 132-1,6 C.consom.), “anulables” en Holanda (*vernietigbaar*, art. 6:233 BW), o simplemente “ineficaces” en Alemania (*unwirksam*, § 306 Abs. 1 BGB).

En el ámbito civilístico español, la frontera entre invalidez e ineficacia es difusa, hasta el punto que la doctrina científica utiliza indistintamente ambos términos, o considera irrelevante la distinción, mientras que esta resulta indispensable según otros autores, para quienes invalidez e ineficacia son conceptos diferentes, de manera que si bien de ordinario el contrato inválido es *ineficaz* (esto es, que carece de efectos típicos, ya sea porque no produce ningún efecto, o porque los produzca menores o distintos de

¹¹² Esto hay que ponerlo en relación con el Considerando 21 de la Directiva, según el cual los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, estas no obligarían al consumidor. Al respecto, señala TRSTENJAK, V. (*Conclusiones en el Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito S.A. contra Joaquín Calderón Camino*, presentadas el 14.2.2012, ECLI:EU:C:2012:74, pto. 84) que, en tanto se trata de una disposición imperativa para los Estados, no se admiten excepciones, y que conforme a su finalidad, el art. 6.1 debe llevar, también al ser transpuesto, a la consecuencia jurídica, imperativa e ineludible por vía contractual, del carácter no vinculante.

¹¹³ En este sentido PAGADOR (op. cit., 1999, p. 80), señala que el legislador comunitario trata de imponer de facto la ineficacia (sólo) de las cláusulas abusivas, sirviéndose, sin embargo, para ello de una terminología atécnica –“no vincularán”–, y se remite a las diferentes soluciones técnicas articuladas en cada uno de los ordenamientos nacionales internos de los Estados miembros –“en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales”–, correspondiendo por tanto a los legisladores nacionales decidir en cuál o cuáles de las diferentes categorías de ineficacia negocial existentes en sus ordenamientos se concretará la falta de carácter vinculante para el consumidor de las cláusulas abusivas. El TJ, en la St. *Banco Español de Crédito* señaló (aptdo. 62), respecto al tenor literal del art. 6.1, que “el primer fragmento de frase de dicha disposición, si bien reconoce a los Estados miembros cierto *margen de autonomía* en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les *impone expresamente* la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor»”.

los que las partes quisieron), habría contratos ineficaces plenamente válidos¹¹⁴, en el sentido de vinculantes y obligatorios para las partes. Desde esta óptica, la *invalidéz*, como negación de la fuerza vinculante del contrato, sería la sanción más fuerte prevista por nuestro ordenamiento para el contrato que infringe la ley.

Como advierte el TS, la precisión de los conceptos y la pureza de la terminología no son nunca absolutos en el campo del Derecho privado¹¹⁵, mas, a los efectos que nos ocupan, no es tan trascendental aquella disquisición como la consideración de que ningún contrato (su clausulado) es “inválido”, o si se prefiere “ineficaz”, en abstracto, sino necesariamente nulo (*stricto sensu*) o bien anulable¹¹⁶, porque la nulidad de pleno derecho reúne caracteres que permiten cumplir las exigencias comunitarias resultantes de la interpretación del art. 6.1 Dir. 93/13 hecha por el TJ, no pudiendo decirse lo mismo de la anulabilidad¹¹⁷, en la medida en que la primera es apreciable de oficio e imprescriptible su reclamación¹¹⁸, mientras que la segunda requiere su invocación por el perjudicado en un plazo determinado.

¹¹⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, J./PARRA LUCÁN, M.A., *De las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003 (accesible en www.unizar.es), p. 4, proponen como supuesto de ineficacia sin invalidez el ejemplo de la rescisión, y como principales modalidades de la invalidez (o nulidad en sentido amplio) del contrato, que depende de la adecuación del mismo en su formación y contenido a las normas que lo regulan, la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad. Sobre las opiniones a favor y en contra de la distinción entre invalidez e ineficacia, así como el tratamiento dado por la jurisprudencia: *ib.*, pp. 5-10. Vid. GORDILLO CAÑAS, A., “Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)”, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 935-983; CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 6.3 Código Civil”, en ALBALADEJO GARCÍA, M./DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1º, Madrid, 1992, pp. 769-842; PASQUAU LIANO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997.

¹¹⁵ STS 1.2.1999, FJ 2º, tras distinguir la Sala 1ª, en esta ocasión, ineficacia e invalidez en los siguientes términos: “la ineficacia del negocio jurídico o, concretamente del contrato como negocio jurídico bilateral «inter vivos», es la carencia de efectos jurídicos típicos (si bien puede producir otros distintos, como indemnización de daños y perjuicios), que viene determinada por causa intrínseca al propio contrato provocando que carezca de validez (por inexistencia, por nulidad absoluta o por anulabilidad) y es la invalidez, o bien la ineficacia «stricto sensu» que engloba los supuestos en que siendo el contrato válido, no produce efecto por causas extrínsecas como puede ser la resolución, que es la ineficacia del contrato con efecto retroactivo en virtud de una causa que no es una invalidez inicial sino que viene determinada por causa de condición resolutoria, o por pacto comisorio, o por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes en un contrato bilateral”.

¹¹⁶ DELGADO/PARRA, *op. cit.*, p. 18, respecto al contrato inválido.

¹¹⁷ En este sentido, EBERS, que en su estudio comparativo de la transposición del art. 6.1 Dir. 93/13 en los distintos Estados miembros (*op. cit.*, 2008, pp. 242-245), señala que el concepto de nulidad absoluta está en línea con la jurisprudencia del TJ, mientras que el de nulidad relativa (anulabilidad), por ejemplo presente en Holanda (art. 6:233 BW), no cumpliría las SSTJ *Océano Grupo Editorial* (aptdo. 29), *Cofidis* (*passim*) y *Mostaza Claro* (aptdo. 36), sentencias que hemos comentado *in extenso* en epígrafe 3.1.1, al cual remitimos.

¹¹⁸ Por todas, STS 14.3.2002, FJ 3º y doctrina ahí citada.

En este sentido, podemos decir que aunque nominalmente nuestro ordenamiento sancione la abusividad con la nulidad de pleno derecho, el mecanismo para hacerla valer está más próximo a la anulabilidad en sede ejecutiva, pues si bien es cierto que tras la reforma operada por Ley 1/2013 resulta posible tanto la apreciación de oficio del carácter abusivo por el juez conocedor de la demanda ejecutiva (que determinará las consecuencias de tal carácter, art. 561.1.3ª LEC) como su alegación por el consumidor (en ejecución ordinaria e hipotecaria, arts. 557.1.7ª y 695.1.4ª LEC), tanto una como otra están sometidas a condiciones temporales: la apreciación de oficio tan sólo cabe *in limine litis* (art. 552.1.II LEC, incardinado en las normas generales), y la alegación de parte en un plazo de diez días desde la notificación del auto de despacho de ejecución (arts. 557.1 y 681.1 LEC en relación con el art. 556.1 LEC). Pasados esos momentos, la eventual cláusula abusiva seguiría vinculando al consumidor ejecutado, yendo ello en contra de la naturaleza de su sanción, que en teoría habría de operar *ipso iure*, pero en la práctica ello sólo es puramente predicable en proceso declarativo. Además, recordemos que conforme a la St. *Cofidis* (aptdo. 38) un plazo preclusivo de alegación de cláusulas abusivas se opone a la Dir. 93/13, por lo que el juez nacional, atendiendo al principio de primacía del Derecho comunitario (sobre tal principio vid. epígrafe 1.2), podría incluso dejar de aplicar el plazo previsto en art. 556.1 LEC¹¹⁹. Y es que la nulidad por abusividad puede obtenerla el consumidor por medio de una acción (en declarativo), una excepción (en declarativo¹²⁰ o ejecutivo) o ser favorecido por su apreciación judicial de oficio, pues no necesita ejercitar ninguna de aquellas para obtener tal resultado¹²¹, y en todo caso ningún límite temporal debe impedirlo.

Realmente las notas que, en Derecho común, caracterizan la nulidad *ipso iure* han de ser matizadas tras pasar por el filtro del Derecho contractual de consumo. Generalmente se identifica como “definitiva”, en el sentido de que, por un lado, el paso del tiempo no la sana, lo que implica que la acción para hacer valer la nulidad puede

¹¹⁹ Apuesta por ello BALLUGERA GÓMEZ, C., “Ejecución de hipoteca de vivienda: alegación de cláusulas abusivas, igualdad de medios de defensa y venta extrajudicial”, en www.notariosyregistradores.com, 16.9.2013.

¹²⁰ Frente a una pretensión de cumplimiento del profesional: en tal supuesto, este podrá pedir un plazo para contestar a la alegación de nulidad idéntico al que tendría en caso de contestación a la reconvencción (art. 408.2 LEC).

¹²¹ En este sentido, TIZZANO, A. (*Conclusiones en el Asunto C-302/04, Ynos kft contra János Varga*, presentadas el 22.9.2012, ECLI:EU:C:2005:576), quien, ante la cuestión de si el art. 6.1 Dir. 93/13 se opone a una normativa nacional en virtud de la cual una cláusula abusiva sólo puede dejar de vincular al consumidor si este la impugna expresamente, sostiene que una respuesta afirmativa se deduce nítidamente de la jurisprudencia del TJ sobre el control de oficio del carácter abusivo (ib., ptos. 73-75), citando las SSTJ *Océano Grupo Editorial*, aptdos. 28 y 29, y *Cofidis*, aptdo. 32, en cuya virtud resulta claro que las cláusulas abusivas dejan de vincular al consumidor *ipso iure* sin necesidad de que este las impugne.

ejercitarse en cualquier tiempo (sin que prescriba o caduque), y por otro, que no es posible su confirmación, convalidación o subsanación¹²²; si tenemos en cuenta la jurisprudencia sobre el art. 6.1 Dir. 93/13, lo primero no sufre cambio alguno respecto al régimen común, pero sí lo segundo, en la medida en que el TJ reconoce al consumidor, informado por el juez nacional sobre su apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula y consiguiente efecto de no vinculación, la posibilidad de manifestar que es contrario a que dicha cláusula se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a la misma (SSTJ *Panon GSM*, aptdo. 33, *Banif Plus Bank*, aptdo. 35).

También se dice de ordinario que la nulidad *stricto sensu*, aunque no precise declaración judicial (de pleno derecho equivale a por obra de la Ley y no por obra de la resolución judicial que la aprecie¹²³), *puede instarse por cualquier interesado*, haya sido o no parte en el contrato e incluso el causante de la nulidad puede alegarla¹²⁴, de ahí que en Derecho común se hable de nulidad “absoluta”, en contraposición a la anulabilidad o (también llamada aquí) nulidad relativa, que sólo puede hacer valer el sujeto señalado por la norma infringida. Por tanto, de mantenerse tal cual ese carácter absoluto de la nulidad en el campo de las cláusulas abusivas, el profesional también estaría legitimado para alegarla, lo que interferiría en el fundamento de la sanción, cual es la protección del contratante débil¹²⁵. Precisamente por ello, la prevista en los arts. 8 LCGC y 83 TRLCU es una nulidad de pleno derecho *relativa*¹²⁶, dado que la

¹²² DELGADO/PARRA, op. cit., p. 41.

¹²³ MIGUEL GONZÁLEZ, J.M., “Art. 8”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 475, que si bien rechaza que el art. 8 LCGC establezca una ineficacia semejante a la que representa la anulabilidad para la doctrina dominante, advierte que esa ineficacia no se aleja en esto de otra construcción de la anulabilidad que sostiene que la sentencia en el caso de la anulabilidad no es constitutiva, al igual que ocurre con la que estime la nulidad. Señalan DELGADO/PARRA, op. cit., p. 39, que “de pleno derecho”, traducción del latín *ipso iure*, es una expresión tradicional que significa que la ausencia de efectos contractuales se produce por obra del mismo Derecho, sin necesidad de ejercitar ninguna acción ni declaración judicial, pero en otros ordenamientos también significa que el juez ha de decretarla siempre que concurran los supuestos de hipótesis legal, frente a casos (nulidad facultativa) en que el juez dispone de un poder de apreciación para concederla o no según su arbitrio (LARROUMET, Ch., *Droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, París, 1990, p. 511).

¹²⁴ DELGADO/PARRA, op. cit., p. 40.

¹²⁵ La protección del contratante débil no permite adoptar el instrumento de la nulidad, en su concepción clásica, porque dicho contratante podría ser dañado, si otro, económicamente más aguerrido, decidiese dejar sin efecto el contrato; de ahí los intentos del legislador, especialmente en ocasión de la leyes especiales, de construir una nulidad, con finalidades protectoras, con legitimación exclusiva a favor del contratante débil, para que el otro no pueda a su vez paralizar el contrato o invoque la invalidez de aquellas cláusulas (GIOIA, G., “Nuove nullità relative a tutela del contraente debole”, en *Contr. e impr.*, 3/1999, p. 1334).

¹²⁶ PASQUAU LIAÑO, M., “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, p. 281, en la misma

legitimación activa para su acción tan sólo la ostenta el que está protegido por aquella, esto es, el adherente o consumidor¹²⁷, y sin que esta legitimación restringida sea incompatible con la apreciación judicial de oficio¹²⁸, de hecho se ha afirmado que si se privase al juez de tal posibilidad se correría el riesgo de confundir nulidad relativa y anulabilidad¹²⁹.

En Italia el *Codice del Consumo* (D.Lg. 206/2005, de 6 septiembre) resuelve en sentido positivo la cuestión relativa a dicha compatibilidad al introducir la noción de

obra "DA 1ª, 3: Art. 10 bis.2 LGDCU", p. 779, como ya había defendido anteriormente para el caso de consumidores en *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, p. 243. MIQUEL, op. cit., pp. 475 y 476, poniendo el acento en que, si hay normas imperativas relativas como son las que tratan de proteger a una parte y no a otra, la contravención a tales normas puede dar lugar coherentemente a una *nulidad de pleno derecho relativa*; en términos similares, BUSTO LAGO/PEÑA LÓPEZ, op. cit., p. 241, para quienes tal nulidad no supone contradicción en los términos: la nulidad es de pleno derecho porque es por obra de la Ley, automática, y a su vez, por el principio de orden público de protección, porque en este ámbito las normas son imperativas relativas, la nulidad de pleno derecho también es relativa.

¹²⁷ Art. 8.1 LCGC: "Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan *en perjuicio del adherente...*". Art 9.1 LCGC: La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales *podrá ser instada por el adherente...*". En el TRLCU la cuestión no resulta tan nítida pues el art. 83 omite cualquier referencia a la legitimación en la acción de nulidad, aunque en la propia definición de cláusula abusiva está incluida la noción de "perjuicio del consumidor" (BUSTO LAGO/PEÑA LÓPEZ, op. cit., pp. 240 y 241). Señala CARRASCO PERERA, A. (*Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2010, p. 812) que aunque la ley no estableciera que el predisponente no está legitimado para pretender la nulidad de las cláusulas abusivas, es algo que resultaría de la consideración evidente de que las normas que establecen nulidades en beneficio de una clase de contratantes limitan a los miembros de esta clase la legitimación para solicitarla.

¹²⁸ Pone objeciones a la apreciación de oficio PASQUAU ("Artículos 9 y 10", op. cit., p. 285), y se las rebate MIQUEL ("Art. 8", op. cit., p. 481), para quien dicha apreciación es posible siempre que no resulte contraria al interés del adherente (ib., p. 478). A favor, pero negando que la decisión judicial a este respecto tenga fuerza de cosa juzgada, SÁNCHEZ LÓPEZ, B./DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Art. 9", en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 515, y en proceso ejecutivo sostienen que cabe apreciación *ex officio* (no de la validez de la obligación sino sólo la del título ejecutivo) en base a los arts. 551 y 552 LEC (antes de reforma operada por Ley 1/2013) cuando la nulidad de una condición afectara a la regularidad formal del título (v.g. liquidez o exigibilidad de la deuda).

¹²⁹ ALBANESE, A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Nápoles, 2003, p. 63. La figura de la "nulidad relativa", como distinta de la anulabilidad ("nulidad divisible" ha propuesto CARRASCO, op. cit., 1992, p. 800), se aplica a los casos de nulidad cuya ineficacia, inmediata y total, se limita a determinadas personas. Explica BLANDINO GARRIDO, M.A. ("La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato", en ALBIEZ DOHRMANN, K.J. [dir.], *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, p. 260, n. 91), más que contraer la legitimación a ciertas personas, esta variante persigue que no pueda invocar la nulidad la parte a quien no intentaba proteger la norma infringida, de manera que su campo de aplicación son las normas de contenido imperativo o prohibitivo orientadas a la protección de una parte del contrato (normas de *orden público de protección*), respecto de las cuales se estima un contrasentido que puedan derivar, en caso de infracción, en nulidad radical. Sobre esto último, GHESTIN, J. (*Le contrat: formation*, en GHESTIN, J. [dir.], *Traité de Droit Civil*, II, París, 1988, p. 928) ya indicó que una de las ventajas de la distinción entre orden público de dirección y orden público de protección es evitar incongruencias entre nulidad y anulabilidad.

“nulidad de protección” (*nullità di protezione*)¹³⁰ vía artículo 36 (expresión a la que se acudía aún antes para definir la sanción de las *clausole vessatorie*¹³¹), que en su aptdo. 3 establece “La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”, esto es, al mismo tiempo que se proclama una nulidad operativa únicamente en beneficio del consumidor (y exclusivamente ejercitada por él¹³²), se reconoce expresamente su apreciación de oficio por el juez, que sólo se admite, eso sí, cuando opere en dicho interés¹³³. Esa nulidad se configura como un instrumento de tutela tanto del mercado como del contratante débil, donde el interés en cuestión está a caballo entre lo público y lo privado¹³⁴, lo que justificaría el recurso legislativo a la nulidad (con las desviaciones destacadas respecto a la disciplina tradicionalmente ligada a esta) para la protección inmediata y directa (también) del interés privado¹³⁵.

El criterio del interés protegido (público o privado) ha sido utilizado por parte de nuestra doctrina para la distinción entre nulidad y anulabilidad, en tanto que esta última serviría para tutelar intereses privados mientras que la nulidad sería más propia de infracciones de normas de orden público¹³⁶. Frente a esto se ha dicho, por un lado,

¹³⁰ Al respecto vid. GIROLAMI, M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padua, 2008; D'AMICO, G., “Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)”, en PAGLIANTINI, S. (ed.), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, pp. 1-26; GENTILI, A., “La «nullità di protezione»”, en *Eur. dir. priv.*, 1/2011, pp. 77-119; MEZZASOMA, L., “Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Vniversitas*, n° 128, 2014, pp. 173-198.

¹³¹ Por todos, GENTILI, A., “L’inefficacia delle clausole abusive”, en *Riv. dir. civ.*, 1/1997, p. 422. Para un estudio sobre el cambio normativo de calificación del remedio previsto en materia de cláusulas abusivas, puesto en relación con la jurisprudencia comunitaria, vid. VALLE, L., “La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell’Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione”, en *Contr. e impr.*, 6/2011, pp. 1366-1421.

¹³² La doctrina italiana interpreta el art. 36.3 *Codice del Consumo* como una regla de legitimación relativa, en cuya virtud sólo el consumidor está legitimado para hacer valer la nulidad, con independencia de la legitimación de oficio del juez para apreciarla en beneficio de aquel. En la nulidad de protección son identificables por tanto esquemas propios de la anulabilidad. Al respecto se ha señalado que el concepto de invalidez adquiere una flexibilidad destinada a trastocar los rígidos esquemas de clasificación dogmática, acercándose a la eliminación de la distinción entre nulidad y anulabilidad, y mostrándose disponible en la recepción de las directivas comunitarias para acoger las formas de ineficacia en sus posibles nuevas acepciones respecto al uso tradicional (PERLINGIERI, P., “Nuovi profili del contratto”, en *Rass. dir. civ.*, 3/2000, p. 570).

¹³³ MEZZASOMA, op. cit., p. 183.

¹³⁴ MEZZASOMA, op. cit., p. 180 y p. 181 nota 14: se trata de un interés público, pues está destinado a regular el mercado según las determinaciones del Derecho comunitario, en función de los principios de concurrencia, transparencia y lealtad en las relaciones comerciales, pero el interés en cuestión también tiene relevancia individual, al estar en juego la protección de sujetos que se encuentran en una posición de inferioridad; la composición de estos dos intereses explica la decisión de legislador de recurrir a la nulidad y no a la anulabilidad que es, en cambio, el instrumento utilizado en la tutela de los intereses privados.

¹³⁵ FERRONI, L., *Saggi di diritto civile*, Pesaro-Urbino, 2003, p. 20.

¹³⁶ Como recuerdan DELGADO/PARRA, op. cit., p. 20 (vid. ahí los autores que prefieren este criterio frente al del mecanismo para hacer valer la ineficacia como fundamental para la distinción entre nulidad y

que la nulidad no es una categoría monolítica, que no siempre presupone la exigencia de tutelar intereses generales de orden público, sino que depende de la violación de un límite colocado a la autonomía privada¹³⁷; por otro, que en el ámbito de las condiciones generales, y particularmente las cláusulas abusivas, ha de atenderse a una nulidad de pleno derecho plural y flexible, cuyo régimen jurídico pueda modularse y plegarse a la finalidad perseguida por la norma¹³⁸, en este caso garantizar un alto nivel de protección al adherente-consumidor. En la medida en que sirve para reestablecer el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en beneficio de aquel, la nulidad trasciende su sentido tradicional (como remedio para la tutela exclusiva de intereses generales), pasando a considerarse una nulidad de pleno derecho *pro parte*, o lo que es lo mismo, una nulidad de protección¹³⁹.

Esta es la idea que subyace tanto en los ACQP como en el DCFR, que al regular los “efectos” de las cláusulas abusivas, establecen su no vinculación para la parte que no las dispuso en arts. 6:306(1) y II.-9:408(1), respectivamente, sanción idéntica a la de la Dir. 93/13 pero prescindiendo del referente de consumo (en lógica consecuencia al hecho de no restringir la noción de abusividad a los contratos B2C). Pues bien, en dichos preceptos esa carencia vinculatoria significa que la cláusula no produce efectos jurídicos en contra de la otra parte (quien no la dispuso), mientras que podrá ser alegada contra el predisponente si esa parte así lo desea, y es que *la cláusula abusiva no confiere derechos al predisponente al tiempo que no excluye ni limita los de la otra parte*¹⁴⁰, misma interpretación que se ha hecho de la *nullità di protezione*, esto es, que opera sólo en sentido unidireccional, de modo que si las cláusulas atribuyen derechos y deberes al

anulabilidad), para quienes tal criterio, de difícil manejo, sólo sirve de mera aproximación. En la misma línea, BELLO JANEIRO, D. (*La defensa frente a terceros*, Barcelona, 1993, p. 53, n. 34) señala que calificar la sanción en función del interés tutelado no deja de resultar un criterio inseguro y de difícil manejo.

¹³⁷ Y es por eso disciplinada en manera articulada en razón del límite violado, determinando como efecto constante el poder de substraerse a la obligatoriedad del contrato nulo de quien tenga interés, a menos que –en consideración del límite violado– el ordenamiento considere a alguno de los contratantes no dignos de beneficiarse de tal poder (MAJELLO, U., “La patologia discreta del contratto annullabile”, en *Riv. dir. civ.*, vol. 49, n° 4, 2003, p. 355).

¹³⁸ PASQUAU, “Artículos 9 y 10”, op. cit., p. 280. En este sentido, SAZARÁ JIMENA, R. (“La ley sobre condiciones generales de contratación”, en *Jueces para la democracia*, n° 32, 1998, p. 52) critica la remisión que hace el art. 9 LCGC a “las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual” (entendiendo por tal la regulación contenida en los arts. 1300 y ss. CC) para definir el régimen de la acción de nulidad de las condiciones generales, remisión que no duda en calificar de fiasco, pues *se trata de una regulación decimonónica, pensada para contratos individuales y no para la contratación en masa*. Un estudio sobre la naturaleza jurídica de la sanción legal de ineficacia de condiciones generales y cláusulas predispuestas puede verse en PAGADOR, op. cit., 1999, pp. 612-617.

¹³⁹ BLANDINO, op. cit., 2012, p. 683.

¹⁴⁰ PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:306”, 2007, pp. 251-252, 2009, p. 337; DCFR, Full Edition, “II.-9:408”, p. 655.

consumidor, la nulidad extingue únicamente las obligaciones a su cargo que causan un desequilibrio significativo, pero no los derechos¹⁴¹.

Para ambos instrumentos la parte que no predispuso la cláusula abusiva, especialmente si es un consumidor, no tiene obligación de invocar su carencia vinculatoria en un procedimiento judicial¹⁴², en línea, por un lado, con la opinión de la Comisión, que en su *Informe de 27.4.2000* ya señaló (p. 20) que el consumidor debe contar con la posibilidad irrenunciable no sólo de invocar el carácter abusivo ante los tribunales sino también de *negarse a cumplir las obligaciones derivadas de la cláusula abusiva sin necesidad de una decisión judicial previa*; por otro lado, con la jurisprudencia del TJ, según la cual el art. 6.1 Dir. 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula abusiva no vincula al consumidor y que al respecto *no es necesario que este la haya impugnado previamente con éxito* (St. Pannon GSM, aptdo. 28), estando garantizada la no vinculación por la doctrina comunitaria sobre la apreciación de oficio de la abusividad, que es tenida en cuenta por ACQP y DCFR¹⁴³. Por seguir a este último, tanto el FS como la CESL prevén como sanción la no vinculación de la cláusula abusiva para la parte que no la predispuso, sea o no consumidor (arts. 77.1 FS y 79.1 CESL, de idéntica formulación).

Los PECL optan por la sanción de *anulabilidad* en su art. 4:110(1), al establecer que la cláusula abusiva “puede anularse por la parte afectada”, sea dicha parte un consumidor o no¹⁴⁴, fórmula que se desvía de la Dir. 93/13, no obstante se advierte –en su comentario oficial– que en la práctica no difieren, puesto que la “anulación” (*avoidance*, que identifica con “anulabilidad”, *voidability*¹⁴⁵), de acuerdo con los Principios, no exige la intervención judicial¹⁴⁶. Ahora bien, la anulación en los PECL está sujeta a condiciones, según el art. 4:113: debe comunicarse a la otra parte y ello en un “plazo razonable”, cuyo *dies a quo* será, con carácter general, aquel en que se hubiera tenido –o debido tener– conocimiento de los hechos relevantes o, existiendo

¹⁴¹ CAPOBIANCO, E., “Art. 36”, en CAPOBIANCO, E./PERLINGIERI, G., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Nápoles, 2009, p. 203.

¹⁴² PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:306”, 2007, p. 251, 2009, p. 336; DCFR, *Full Edition*, “II.-9:408”, p. 655.

¹⁴³ Para tal doctrina remitimos al epígrafe 3.1.1, respecto a la cual los comentarios oficiales de los arts. 6:306 ACQP (PFEIFFER/EBERS, op. ult. loc. cit.) y II.-9:408 DCFR (*Full Edition*, op. ult. loc. cit.) señalan las SSTJ Océano Grupo Editorial, Cofidis y Mostaza Claro. De hecho, se reconocen como fuentes del art. 6:306 ACQP tanto el art. 6.1 Dir. 93/13 como la STJ Océano y Mostaza Claro (PFEIFFER/EBERS, ib., 2007, p. 250, 2009, p. 335).

¹⁴⁴ El art. 4:110 no se limita a las cláusulas utilizadas contra los consumidores (*Principios, Partes I y II*, “Art. 4:110 – Comentario”, p. 389).

¹⁴⁵ Vid. LANDO/BEALE, op. cit., pp. 268-269 (Comment C.).

¹⁴⁶ *Principios, Partes I y II*, “Art. 4:110 – Comentario”, p. 387.

violencia o intimidación, en que se pueda actuar libremente, y con carácter específico, para anular una cláusula conforme al art. 4:110 (*ergo* cláusula abusiva), aquel en que esta se invoque (por el predisponente, lógicamente). Esto último se justifica, vía comentario oficial del art. 4:113, indicando que a menudo la parte (el adherente) no advierte con claridad que vaya a sufrir un perjuicio, pudiendo depender de si la otra parte alega la cláusula y en qué términos o de qué modo la alega, de ahí que resulte justo permitir que la parte potencialmente perjudicada espere para ver qué sucede; a lo cual se añade que si, pudiéndose anular la cláusula, se llegara a un acuerdo con la otra parte para resolver el conflicto, se perderá la posibilidad de anularla, no por pérdida del derecho de anulación, sino por quedar obligado por el acuerdo alcanzado¹⁴⁷. Se advierte, no obstante, que la regla de confirmación prevista en art. 4:114¹⁴⁸ no resultará aplicable en caso de que la parte tenga derecho a anular una cláusula abusiva, porque sabe que podría anularla y puede esperar para ver si la otra parte la alega¹⁴⁹.

Finalmente nos referiremos a la PMCC, que, frente a la claridad con que el legislador se refiere a la nulidad en arts. 8 LCGC y 83 TRLCU como *de pleno derecho*, emplea la escueta expresión “serán nulas” respecto a las cláusulas no negociadas individualmente que resulten abusivas (art. 1262.1 PMCC), lo que *a priori* deja abierta la interpretación sobre su sanción. Bien es cierto que, despejadas eventuales dudas, la PMCC regula nítidamente el régimen aplicable a la nulidad (art. 1296) y la anulación contractual (arts. 1297-1309), lo cual es loable ante la confusa regulación de las “nulidades” *ex* arts. 1300-1314 CC¹⁵⁰, contraponiendo la PMCC lo nulo a lo anulable y distinguiendo entre títulos, obligaciones y contratos que son nulos (arts. 1166, 1219, 1238 y 1296) y aquellos que resultan anulables o que pueden ser anulados (arts. 1166, 1229, 1265.7, 1291-1309); precisamente se ha dicho que un régimen tan diáfano permite entender que estamos, respecto aquella sanción, ante una nulidad de pleno derecho¹⁵¹,

¹⁴⁷ LANDO/BEALE, op. cit., pp. 275 y 276.

¹⁴⁸ “Si la parte que tenía derecho a anular un contrato lo confirma expresa o tácitamente, tras haber sabido que había una causa de anulabilidad o tras resultar libre para actuar, el contrato ya no podrá anularse”.

¹⁴⁹ *Principios, Partes I y II*, “Art. 4:114 – Comentario”, p. 400.

¹⁵⁰ Regulación que se describe como “confusa, imprecisa y lagunosa” (GORDILLO, op. cit., 1990, p. 935), como “un campo lleno de ambigüedades y dudas” (SARAZÁ, op. cit., p. 52), y realmente no es para menos, pues a pesar de ser la “nulidad” el único nombre que figura en la rúbrica del Capítulo IV, Título II, Libro IV CC, es unánime la opinión de que también comprende la figura de la anulabilidad, como recuerda BLANDINO (op. cit., 2011, p. 246, n. 33), señalando que la ausencia de un tratamiento completo y riguroso de la invalidez ha generado un régimen jurídico de acuñación eminentemente doctrinal y jurisprudencial. En este sentido, DELGADO/PARRA (op. cit., pp. 1 y 2) advierten que el legislador trata a la anulabilidad como la categoría principal y básica de la invalidez contractual, regulándola con rasgos originales en los arts. 1300 y ss. CC bajo el nombre de “nulidad”, mientras que la nulidad de pleno derecho es pura elaboración jurisprudencial y doctrinal con fundamento, desde 1974, en el art. 6.3 CC (antes, art. 4 CC).

¹⁵¹ BLANDINO, op. cit., 2011, p. 247.

en cuyo caso, conforme a la Propuesta, sería imprescriptible su acción (art. 1296.1 *in fine*), no susceptible de convalidación (art. 1296.3), y declarable *a instancia de cualquier persona con interés legítimo* (art. 1296.1).

Sobre esto último, si se descartara al predisponente (por entender que carece de interés legítimo), podría ejercitar la acción de nulidad de las cláusulas abusivas, según la PMCC, no sólo el adherente sino también “las entidades constituidas en España o en otro país de la Unión Europea para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos relacionados con esta materia” (art. 1263.2). Nótese que tal previsión legitimadora se refiere a “la declaración judicial de no incorporación al contrato de determinadas condiciones generales y la nulidad de las mismas por su carácter abusivo” (art. 1263.1), esto es, a las *acciones individuales*, y no a las colectivas, pues la “acción de cesación contra la utilización de cláusulas abusivas”, cuyo ejercicio también se reconoce a dichas entidades, se regula aparte (art. 1264). Esto supone una divergencia respecto al actual sistema, donde, como es sabido, las acciones *ex arts.* 7 y 8 LCGC (no incorporación y nulidad) corresponden al adherente (art. 9 LCGC), mientras que las previstas en art. 12 LCGC (53 TRLCU) pueden ser ejercitadas por las entidades contempladas en art. 16 LCGC (54 TRLCU), cuestión distinta es que a raíz de entablarse acciones colectivas llegue a declararse judicialmente la nulidad¹⁵². Al respecto, el TJ ha declarado que el art. 6.1 de la Dir. 93/13, en relación con su art. 7.2 (acciones colectivas), debe interpretarse en el sentido de que, cuando en el marco de una acción de cesación, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales, los tribunales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho interno, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones no resulten vinculados por dicha cláusula (St. *Invitel*, aptdo. 44).

B) Eficacia retroactiva de la declarada nulidad de la cláusula y la controvertida posibilidad de su limitación

Guarda silencio la Dir. 93/13 sobre los efectos que, una vez apreciada la abusividad de una cláusula, conlleva la declaración de su no vinculación, limitándose el art. 6.1 a ordenar las consecuencias sobre el resto del contrato (de ello nos

¹⁵² Esto no presupone, lógicamente, la legitimación de dichas entidades para entablar una acción individual de nulidad, esto es, para instarla respecto a un concreto contrato y en interés de un determinado sujeto, con independencia de que sí lo estén para el ejercicio colectivo de las pretensiones individuales de restitución e indemnización que, accesoriamente, se acumulen a la acción de cesación (art. 12.2.II LCGC), restitución y reparación que derivarían de la aplicación del clausulado que se declare nulo.

ocuparemos en el siguiente epígrafe). Se trata pues de una materia a determinar por el correspondiente régimen nacional de los Estados miembros.

Los instrumentos modernizadores tampoco cuentan con previsiones específicas a este respecto en sede de cláusulas abusivas, por lo que se ha de acudir a sus reglas sobre nulidad/anulación contractual. Así, declarado nulo o anulado el contrato o parte del mismo, contemplan la recíproca restitución por los contratantes los PECL, bajo el precedente de los PICC, y el CEC, estos dos últimos textos con previsión específica sobre la eficacia retroactiva de dicha declaración¹⁵³. Por su parte, el DCFR recoge expresamente la retroactividad de los efectos de la anulación, mientras que remite a las reglas sobre enriquecimiento injusto para determinar si cada parte tiene derecho a restitución; y por seguir al DCFR, tanto el FS como la CESL usan el sistema de previsión directa para la retroactividad y de remisión para la restitución¹⁵⁴. En todos estos textos, de forma expresa o tácita, si el contrato es anulado se considerará como si este, o la parte del mismo que se anula, no hubiera producido ningún efecto; en consecuencia, lo que es nulo deberá declararse así con efecto retroactivo.

En lo que respecta al sistema español, parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste– exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido, evitando así que de los mismos se deriven efectos, conforme al clásico brocardo *quod nullum est nullum effectum producit*.

¹⁵³ Decía el art. 3.17 PICC 1994, en su aptdo. 1, que “la anulación tiene efectos retroactivos”, y en su aptdo. 2, que “en caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que dicha parte restituya al mismo tiempo lo que recibió en base al contrato o a la parte del contrato que fue anulada”; previsiones que en los PICC 2010 aparecen recogidas de forma separada en art. 3.2.14 y art. 3.2.15(1), respectivamente. Por su parte, dice el art. 141.1 CEC que “la nulidad determina la ausencia, desde su origen, de cualquier efecto que sea en el plano contractual, abstracción hecha de las obligaciones de restitución contenidas en el artículo 160”, y el art. 147.1 CEC que “la anulación invalida el contrato con efecto retroactivo, es decir a partir de su conclusión, y las dos partes vienen obligadas a proceder a las restituciones recíprocas correspondientes como lo prevé el artículo 160”. Siguiendo la primigenia regla de los PICC sobre la restitución, el art. 4:115 PECL dispone que “en caso de anulación, cada parte podrá reclamar la restitución de lo que entregó como consecuencia del contrato, devolviendo a su vez lo que hubiera recibido a cambio”, y aunque no hace lo mismo respecto a la retroactividad, recoge esta idea en su comentario oficial al señalar que “la anulación supone invalidar el contrato, o la parte del mismo que se haya anulado, como si nunca hubiera existido” (*Principios, Partes I y II*, “Art. 4:115 – Comentario”, p. 401).

¹⁵⁴ Dice el art. II.-7:212 DCFR, en su aptdo. 1, que “los contratos susceptibles de ser anulados (...) serán válidos hasta el momento de su anulación, pero a partir de entonces serán declarados nulos con efecto retroactivo”, igual que los arts. 52.1 FS (55.1 FS rev.) y 54.1 CESL; y en su aptdo. 2, que “las normas sobre enriquecimiento injustificado regulan la cuestión de si las partes pueden reclamar la restitución de aquello que transmitieron o entregaron en virtud de un contrato anulado”, lo mismo que los arts. 52.3 (55.3 FS rev.) y 54.3 CESL con la diferencia de remitir estos al respectivo capítulo de “las normas sobre restitución”.

Así lo dispone el art. 1303 CC (regla recogida en art. 1306 PMCC¹⁵⁵), según el cual “*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*”. La declaración de nulidad actúa *ex tunc*, removiendo los efectos de la estipulación contractual de manera retroactiva desde la celebración del contrato que la contemplaba.

Esta regla rige también en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, pues, como señala el Tribunal Supremo, el CC y la LCGC vinculan a la nulidad del contrato o de alguna cláusula abusiva una propia *restitutio in integrum*, consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, pues esta se queda sin causa que la justifique; se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente¹⁵⁶. Principio que resalta la Comisión Europea al afirmar que “la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)”¹⁵⁷.

Expuesta la regla de la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, procede analizar si es viable su eventual limitación; de ser así, bajo qué criterios y la compatibilidad con el Derecho comunitario.

Para ello, partiremos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de limitar en el tiempo los efectos de sus sentencias de interpretación, habida cuenta del principio de retroactividad de estas¹⁵⁸. Al respecto, el TJ ha advertido que sólo con carácter excepcional puede, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el

¹⁵⁵ Que en su aptdo. 1 dice que “declarado nulo o anulado el contrato, los contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo”, y que si no es posible la devolución en especie “deberá restuirse su valor”, restitución del valor que prevé el vigente art. 1307 CC.

¹⁵⁶ STS 13.3.2012, FJ 9º, recordando que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen esos preceptos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra.

¹⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, III.4, p. 20. Lo cita, y también la doctrina jurisprudencial antes expuesta, la STS 9.5.2013, aptdos. 284 y 285.

¹⁵⁸ Al principio de retroactividad de las sentencias de interpretación del Derecho comunitario se refiere la STJ 11.8.1995, *Rodens y otros*, asuntos acumulados C-367/93, C-368/93, C-369/93, C-370/93, C-371/93, C-372/93, C-373/93, C-374/93, C-375/93, C-376/93 y C-377/93 (en adelante, *St. Rodens y otros*), aptdo. 44.

fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe¹⁵⁹. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren *dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves*¹⁶⁰ para el Estado¹⁶¹.

En efecto, según reiterada jurisprudencia comunitaria, las *consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos en el tiempo de esa sentencia*¹⁶². Más concretamente, el TJ únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, cuando existía un *riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe* sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión¹⁶³.

Como puede colegirse, en asuntos entre consumidores y empresas del *sector privado*, que versen sobre la abusividad del clausulado contractual (interpretando pues el Tribunal de Justicia las disposiciones de la Dir. 93/13), difícilmente existirían elementos que pudieran justificar una limitación temporal de los efectos de la sentencia que apreciare un desajuste con las exigencias del Derecho comunitario, pues tratándose de un litigio entre particulares no cabría hablar de transtornos graves para el Estado en el sentido antes señalado, en cuyo caso sería innecesario comprobar la concurrencia del otro requisito relativo a la buena fe de los círculos interesados (como se deduce de la St. *RWE Vertrieb*, aptdo. 63, luego los dos requisitos que excepcionalmente amparan esa

¹⁵⁹ SSTJ 27.3.1980, *Denkavit italiana*, 61/79, aptdo. 17; 2.2.1988, *Blaizot*, 24/86, aptdo. 28; 16.7.1992, *Legros y otros*, C-163/90, aptdo. 30; 4.5.1999, *Sürül*, C-262/96, aptdo. 108; 23.5.2000, *Buchner y otros*, C-104/98, aptdo. 39; 20.9.2001, *Grzelczyk*, C-184/99 (en adelante, St. *Grzelczyk*), aptdo. 51; 15.3.2005, *Bidar*, C-209/03 (en adelante, St. *Bidar*), aptdo. 67; 6.3.2007, *Meilicke y otros*, C-292/04, aptdo. 35; 19.7.2012, *Redlihs*, C-263/11 (en adelante, St. *Redlihs*), aptdo. 40.

¹⁶⁰ SSTJ 28.9.1994, *Vroege*, C-57/93, aptdo. 21; 12.10.2000, *Cooke*, C-372/98, aptdo. 42; 10.1.2006, *Skov y Bilka*, C-402/03, aptdo. 51; 30.3.2006, *Uudenkaupungin kaupunki*, C-184/04, aptdo. 55; 5.10.2006, *Nádasdi*, C-290/05 y C-333/05, aptdo. 63; 18.1.2007, *Brzezinski*, C-313/05 (en adelante, St. *Brzezinski*), aptdo. 56; 3.6.2010, *Kalinchev*, C-2/09 (en adelante, St. *Kalinchev*), aptdo. 50; St. *Redlihs*, aptdo. 59; St. *RWE Vertrieb*, aptdo. 59.

¹⁶¹ Como puntualiza TRSTENJAK (op. cit., 13.9.2012) a la vista de la jurisprudencia comunitaria, que cita en el pto. 100 de sus Conclusiones sobre el asunto en que recayó la St. *RWE Vertrieb*.

¹⁶² St. *Grzelczyk*, aptdo. 52; St. *Bidar*, aptdo. 68; STJ *Richards*, C-423/04 (en adelante, St. *Richards*), aptdo. 41; St. *Brzezinski*, aptdo. 58; St. *Kalinchev*, aptdo. 52; St. *Redlihs*, aptdo. 61.

¹⁶³ St. *Rodgers y otros*, aptdo. 43; St. *Grzelczyk*, aptdo. 53; St. *Bidar*, aptdo. 69; St. *Richards*, aptdo. 42; St. *Brzezinski*, aptdo. 57; St. *Kalinchev*, aptdo. 51; St. *Redlihs*, aptdo. 60.

limitación deben darse de forma cumulativa); no obstante, si se declarase el carácter abusivo (lo que, como ya sabemos, compete al juez nacional atendiendo a los criterios proporcionados por el TJ), tampoco cabría hablar de buena fe de los interesados en dicha limitación, pues los afectados serían empresas que entonces habrían constituido sus relaciones contractuales usando cláusulas abusivas.

De hecho, cuando en ese contexto se le ha planteado al Tribunal de Justicia la posibilidad de excepcionar el principio de retroactividad de sus sentencias, la respuesta ha sido negativa; así aconteció en la St. *RWE Vertrieb* (vid. apdos. 56-64), donde el TJ desatendió la solicitud que a tal fin, y so pretexto de graves consecuencias financieras que podrían producirse respecto a un gran número de contratos de suministro de gas en Alemania (con el correlativo déficit de las empresas afectadas), hicieron el Gobierno alemán y la suministradora demandada (RWE). En dicha sentencia, enmarcada en el ámbito de la Dir. 93/13, el Tribunal de Justicia siguió en este punto la opinión del Abogado general, pero sin emplear la claridad expositiva de TRSTENJAK, quien haciéndose eco de la jurisprudencia comunitaria antes vista, señaló que en el asunto examinado no se cumplía el requisito de trastornos graves para el Estado, habida cuenta de que *“la demandada es una empresa del sector privado, aun cuando una parte considerable de su capital esté en manos del poder público”*¹⁶⁴.

Precisamente la exigua claridad de la St. *RWE Vertrieb* al fundamentar la improcedencia de limitar sus efectos, fue aprovechada por el Tribunal Supremo como corolario para tratar de justificar la irretroactividad de su famosa STS 9.5.2013, donde declaró la nulidad de las cláusulas suelo insertas en préstamos hipotecarios de un banco y dos cajas de ahorros¹⁶⁵. En efecto, como es de ver en el punto relativo a la posibilidad de limitar la retroactividad la declaración de nulidad (FJ 17º, pto. 2.3), concretamente en el apdo. 292 STS 9.5.2013, se cita esa sentencia comunitaria de forma quirúrgica, esto es, el pasaje donde el TJ se limita a recordar los dos requisitos –buena fe y trastornos graves– señalados por la jurisprudencia comunitaria (apdo. 59 St. *RWE Vertrieb*), obviando interesadamente el Tribunal Supremo que ni esa resolución del TJ ni la doctrina de este han admitido la excepción al principio de retroactividad en

¹⁶⁴ TRSTENJAK, op. ult. cit., pto. 100. Por ser la suministradora de gas RWE una empresa privada (aunque tuviera participación pública) *“no se puede hablar de trastornos graves en el sentido antes descrito”*.

¹⁶⁵ Concretamente, BBVA, Cajamar Caja Rural (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy ABANCA Corporación Bancaria, S.A.). Las tres empresas privadas, con la diferencia de que, en el antiguo modelo, las cajas de ahorros eran fundaciones privadas de interés social cuya asamblea general estaba formada por representantes de las corporaciones municipales y de las administraciones autonómicas donde se hallaban ubicadas.

el marco de una relación contractual privada, como era el que ocupaba a la referida sentencia de casación.

A pesar de ello, nuestro Alto Tribunal dio a entender, con tal cita, que su decisión estaría amparada en la doctrina comunitaria, acaso en un intento de aportar credibilidad a su endeble batería argumental sobre la posibilidad de limitar el efecto retroactivo, que, desde el punto de vista normativo, basó en el art. 9.3 CE, principio de seguridad jurídica del que palmariamente se apartó al inaplicar el art. 1303 CC, cual es la norma que rige en Derecho contractual privado sobre la declaración de nulidad, y aludir en cambio a normas que ninguna relación guardaban con el caso examinado, en una suerte de aplicación analógica que vendría entonces prohibida por el art. 4.1 CC¹⁶⁶; y desde el punto de vista extrajurídico se arguyó que “*es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico*”¹⁶⁷ [aptdo. 293.k), cursivas nuestras]. Con tales mimbres, terminó declarando el Tribunal Supremo la irretroactividad de la STS 9.5.2013 “de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia” (aptdo. 294).

El hecho de que se excepcionara la regla del art. 1303 CC, de forma tan poco sólida y nada menos que por el TS en Pleno (sentando pues doctrina), negándose así a los consumidores la *íntegra* restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas declaradas nulas, causó estupefacción entre la comunidad jurídica y, lo más grave (y paradójico, vista la invocación hecha al art. 9.3 CE), una tremenda inseguridad jurídica ante la disparidad de criterios mantenidos por la jurisprudencia

¹⁶⁶ Como es de ver en el aptdo. 287 STS 9.5.2013, se conecta el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE con el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y en el aptdo. 288, con los arts. 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Ninguna de las normas citadas podría ser de aplicación analógica porque esta sólo procede cuando existe una laguna legal (art. 4.1 CC), y no era este el caso, porque la norma aplicable a la nulidad de una obligación contractual privada es indiscutiblemente el art. 1303 CC, que es citado en el aptdo. 283 de dicha sentencia, regla “general” excepcionada al decidir sobre su retroactividad.

¹⁶⁷ MIQUEL, op. cit., 2015, p. 44, critica que el TS mezcle directamente Derecho privado y economía “ignorando, aunque conscientemente, que no puede excusar la aplicación de la ley porque los deudores – en este caso, los bancos– experimenten al cumplirla dificultades económicas”.

menor a raíz del *extraño constructo argumental de una “nulidad sin retroactividad”*¹⁶⁸ elaborado *ad hoc* por el máximo órgano judicial español.

En efecto, los tribunales inferiores se dividieron entre los que pretendieron seguir la línea marcada por el TS, disponiendo que la nulidad declarada no afectaría a los pagos efectuados a fecha de la correspondiente resolución de instancia sino a los posteriores; los que interpretaron que sería posible una parcial retroacción de efectos, entendiendo preceptiva la devolución, no desde el momento en que operaba la cláusula declarada nula, sino desde la STS 9.5.2013; y los que reconocieron una plena eficacia retroactiva de la declaración de nulidad, ya fuera bajo el expediente de que esa sentencia resolvía una acción colectiva, de manera que su pronunciamiento sobre la irretroactividad no sería aplicable cuando se ejercitaran acciones individuales¹⁶⁹, ya fuera por negarse abiertamente a seguir una jurisprudencia que, a su juicio, colisionaría con la norma aplicable *ex lege* (fuente de rango prevalente), con la doctrina del Tribunal de Justicia (primacía del Derecho comunitario) o con el derecho de tutela judicial efectiva¹⁷⁰.

Frente al abanico de resoluciones contradictorias de las AAPP, el Supremo vino posteriormente a fijar cuál fue el contenido de su decisión respecto a los efectos de la declaración de nulidad, lo que hizo en la STS 25.3.2015, dictada en Pleno, donde sentó que cuando por un tribunal se declare abusiva, y por ende nula, una cláusula suelo en aplicación de la doctrina de la STS 9.5.2013 (ratificada por SSTs 8.9.2014 y 24.3.2015), los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad no se retrotraerán a la fecha de suscripción sino al 9.5.2013, fecha de publicación de esa sentencia¹⁷¹.

Además de fijar como doctrina lo antedicho, la STS 25.3.2015 revela (FJ 9º, pto. 3) que fue en la STJ *RWE Vertrieb* donde el Alto Tribunal encontró los “elementos

¹⁶⁸ Como calificó CARRASCO PERERA, A. (“La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación”, en *Centro de Estudios de Consumo*, 3.3.2014, www.uclm.es/centro/cesco) a la “solución transaccional” que trató de ofrecer el TS para no enojar “por completo a ninguna de las dos partes”.

¹⁶⁹ Un recorrido de las sentencias de las AAPP que creyeron seguir la doctrina del TS, total o parcialmente, y de las que no lo hicieron basándose en esa línea interpretativa, puede verse en RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?”, en *RAD*, nº 6/2015, versión electrónica, BIB 2015\1834.

¹⁷⁰ Como recuerda CARRASCO, op. ult. cit., p. 2.

¹⁷¹ El aptdo. 4 del fallo de la STS 25.3.2015 reza así: “Se fija como doctrina: Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 (sic), Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”. Cuando habla de la sentencia de 16 de julio se está refiriendo a la STS 8.9.2014 (recurso 1217/2013), pero erróneamente la cita por la fecha, no de dictado, sino de su deliberación y votación.

básicos” para fundar la irretroactividad de su STS 9.5.2013, aclarando que: i) el “riesgo de trastornos graves” para el orden público económico –del que hablara en el aptdo. 293.k) de su sentencia de 2013– se produciría tanto en la acción colectiva de cesación como en la individual de nulidad¹⁷², siendo intrascendente diferenciar entre ambas respecto a la limitación del debido efecto devolutivo¹⁷³; ii) a fecha de la sentencia de 2013 había “buena fe de los círculos interesados”¹⁷⁴, de la que en cambio no cabe hablar a partir de publicarse aquella, “pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contrantes”, posibilitándoles desde entonces, de acuerdo con los criterios determinantes de la abusividad por falta de transparencia detallados en dicha sentencia, la indagación de si la cláusula en cuestión es o no transparente, de modo que las sentencias que aprecien su abusividad por ese concreto motivo “tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica” (STS 25.3.2015, FJ 10º).

Seguidamente se dictó la STS 29.4.2015 que vino a ratificar (FJ 15º) lo establecido por sus antecesoras sobre las consecuencias de la declaración de nulidad, con especial énfasis en la irretroactividad de la nulidad respecto a los pagos realizados –en virtud de la cláusula anulada en tanto abusiva por no transparente– antes del 9.5.2013, que declarase la STS 25.3.2015 de modo generalizado para todo consumidor adherente, viniera o no afectado por la acción colectiva que fue objeto de la sentencia de 2013. Ahora bien, las SSTS de marzo y abril de 2015 contaron con sendos votos particulares muy críticos al respecto, poniendo los Magistrados discrepantes el acento en que, al darse una “insostenible equiparación sustantiva” entre la acción individual y la colectiva (donde encontraría cobijo la posible afectación del orden público económico),

¹⁷² “Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos (...). Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto” (STS 25.3.2015, FJ 9º, pto. 4).

¹⁷³ Dice la STS 25.3.2015, FJ 7º, que tal distinción no se contempla en la STS 9.5.2013, y que “no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato” (STS 25.3.2015, FJ 7º).

¹⁷⁴ Según se colige –dice ahora la de 2015, FJ 9º, pto. 5– de los “argumentos” recogidos en las letras a) a j) del aptdo. 293 STS 9.5.2013, que “se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social”.

podría quedar desnaturalizado el ejercicio propio de la individual, que constituye la médula de la protección dispensada legalmente al consumidor, resultando inasumible, *por muchos “círculos” que se quieran realizar*, que el principio de buena fe, al servicio del consumidor adherente, opere en contra del mismo sobre aspectos de la relación negocial predispuesta con anterioridad al 9.5.2013 (caso del efecto devolutivo de las sumas abonadas antes de tal fecha) y con independencia del cauce procesal seguido para lograr esa protección¹⁷⁵.

Habiendo establecido la STS 9.5.2013, en el marco de una acción colectiva de cesación, las premisas por las que debe entenderse improcedente la retroacción de efectos de la nulidad declarada, y matizándose en la STS 25.3.2015 que, respecto a las sentencias del resto de tribunales que declarasen la nulidad conforme a los criterios expresados en aquella primera, tal declaración tendrá efectos retroactivos pero solo hasta el 9.5.2013, ya se trate de una acción colectiva o individual; lo relevante y criticable, a nuestro parecer, no es tanto ese tratamiento indiferenciado de acciones que hace el Tribunal Supremo al excepcionar (total o parcialmente) la regla del art. 1303 CC, sino la excepción misma, por basarse en unos elementos no previstos en nuestro ordenamiento jurídico y a pesar de ello decisivos para fundamentar su decisión (como reconoce la sentencia de 2015), elementos tomados de la STJ *RWE Vertrieb* con absoluta abstracción de su significado y alcance en la jurisprudencia comunitaria, hasta el punto de que la doctrina del Supremo sobre la limitada eficacia de la declaración judicial es, en nuestra opinión, contraria a Derecho comunitario, señaladamente, a la Dir. 93/13 y jurisprudencia que la interpreta.

Así lo entendieron también los Magistrados ORDUÑA MORENO y O'CALLAGHAN MUÑOZ en el voto particular a las SSTs 25.3.2015 y 29.4.2015¹⁷⁶, y los titulares de varios

¹⁷⁵ FJ 1º voto particular a la STS 29.4.2015, formulado por ORDUÑA MORENO, y FJ 6º voto particular a la STS 25.3.2015, formulado por aquel y al que se adhiere O'CALLAGHAN MUÑOZ.

¹⁷⁶ Vid. FJ 7º voto particular a la STS 25.3.2015 (formulado por ORDUÑA y al que se adhiere O'CALLAGHAN), y FJ 1º voto particular a la STS 29.4.2015 (formulado por ORDUÑA) que de forma expresiva dice “el dictado de una sentencia creadora de una auténtica norma general, sin cobertura legal para ello, y *frontalmente contraria tanto a la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril, como a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la desarrolla en este ámbito de su aplicación*” (cursivas nuestras), palabras que el autor del voto particular reproduce más tarde al valorarlo en clave científica, valoración que apunta a la revisión de la doctrina sentada por la STS 25.3.2015, que supone “un paso atrás muy cualificado pues no sólo yerra en la fundamentación técnica de la categoría de la ineficacia contractual que realmente se deriva del carácter abusivo de la cláusula sino que, además, y esto resulta un más relevante, desnaturaliza la correcta configuración jurídica ya alcanzada respecto de la proyección y alcance del control de transparencia en la contratación seriada, STS de 8 de septiembre de 2014”: ORDUÑA MORENO, F.J., “Condiciones generales, control de transparencia e ineficacia contractual”, en ORDUÑA MORENO,

tribunales que plantearon cuestiones prejudiciales comunitarias ante esa doctrina del Supremo. Concretamente, el JM nº 1 Granada, por auto de 25.3.2015, cuestión que se tramita por el Tribunal de Justicia como asunto C-154/15; la AP Alicante, mediante autos de 10 y 15 de junio de 2015, que se tramitan como asuntos acumulados C-307/15 y C-308/15; la AP Zamora, vía auto de 13.7.2015, que se sigue como asunto C-381/15; y la AP Cantabria, por auto de 17.7.2015, que ha dado lugar al asunto C-431/15.

Las cuestiones formuladas, pendientes de resolución, ponen en tela de juicio la compatibilidad de limitar los efectos retroactivos de la declarada nulidad por abusividad con los arts. 6.1 (principio de no vinculación) y 7.1 (objetivo de poner fin al uso de clausulado abusivo) de la Dir. 93/13 y jurisprudencia que los interpreta. Los argumentos aducidos para su planteamiento son, en suma, los siguientes:

- i) No se conseguiría el efecto útil de dicha Directiva, cual es disuadir a los profesionales de usar cláusulas abusivas, ni por ende el objetivo a largo plazo previsto en su art. 7.1, si aquellos comprueban que, a pesar de declararse nula la cláusula, se mantienen en parte los efectos producidos con su indebida aplicación¹⁷⁷;
- ii) Quebraría la no vinculación de la cláusula abusiva al consumidor que ordena el art. 6.1 Dir. 93/13, si, en vez de eliminar todos sus efectos como si nunca hubiera existido, se admite una retroacción de la nulidad limitada temporalmente, esto es, que la cláusula despliegue su eficacia, en perjuicio del consumidor, durante el periodo de tiempo transcurrido desde la celebración del contrato hasta aquel en el que se fija el comienzo de los efectos restitutorios¹⁷⁸;
- iii) Esa vinculación parcial de la cláusula abusiva, que de facto operaría contra lo dispuesto en la Directiva, podría además suponer una suerte de moderación o integración que prohíbe la jurisprudencia comunitaria en sede de cláusulas abusivas¹⁷⁹ (sobre tal prohibición, y su excepción, remitimos *infra*, epígrafe 3.2.2.C), así como un enriquecimiento injusto

F.J./SÁNCHEZ MARTÍN, C./GUILLÉN CATALÁN, R., *Control de Transparencia y Contratación Bancaria*, Valencia, 2016 (libro electrónico), pp. 114-115 y 120.

¹⁷⁷ Autos de la AP Alicante 10.6.2015, aptdo. 95, y 15.6.2015, aptdo. 77.

¹⁷⁸ AAP Cantabria 17.7.2015, FJ 5º.

¹⁷⁹ AJM nº 1 Granada 25.3.2015, FJ 4º; AAP Alicante 10.6.2015, aptdo. 96, y 15.6.2015, aptdo. 78; AAP Zamora 13.7.2015, aptdo. 6; AAP Cantabria 17.7.2015, FJ 5º. También, voto particular, FJ 7º, a STS 25.3.2015.

de quien incluyó la cláusula que rompió el equilibrio contractual así no reestablecido¹⁸⁰;

- iv) En cuanto a los elementos que el Supremo tomó de la *St. RWE Vertrieb* para fundar su doctrina, resultaría cuestionable, por un lado, que se pueda reputar de buena fe a quien de forma difusa impone una cláusula en su propio interés y sin facilitar la debida información de sus negativos efectos; por otro lado, que el criterio en que el TS sustenta el supuesto riesgo de trastornos graves sea la “notoriedad” del hecho y que la configuración del orden público económico la haga sólo desde la perspectiva del quebranto patrimonial del profesional, omitiendo el que puede suponer para el consumidor no obtener la íntegra restitución de lo indebidamente pagado¹⁸¹;
- v) De admitirse la exclusión de la plenitud de efectos retroactivos de la nulidad por la concurrencia de riesgo de trastorno grave para el orden público y la buena fe, resulta dudosa la extensión automática de esa doctrina, dada con ocasión de una acción colectiva, a todo tipo de acción individual, pues respecto a esta última la protección del consumidor justificaría que el examen de esos requisitos fuera relativo, atendiendo a la concreta relación contractual¹⁸².

A la espera de que el TJ se pronuncie, y pareciéndonos acertada en general la argumentación dada por los tribunales remitentes, creemos que el núcleo del reproche a la doctrina del TS estaría en fundarse esta en una jurisprudencia comunitaria que, como antes dijimos, no sería aplicable a relaciones contractuales privadas y menos en sede de cláusulas abusivas, donde parece injustificable excluir la plena protección de

¹⁸⁰ AAP Zamora 13.7.2015, aptdo. 7.

¹⁸¹ “Consumidor que es elemento tan multiplicador del riesgo para el orden público económico como en el que se quiere sustentar en los profesionales. Dos perspectivas a la postre, de un riesgo público de índole económico de las que, sin embargo, sólo una ha sido tomada en consideración”, de ahí que podría tener sentido, continúa diciendo la AP Alicante (autos de 10.6.2015, aptdo. 99, y 15.6.2015, aptdo. 81), que “los criterios de la buena fe de los círculos interesados y de riesgo de trastornos graves fueran conceptos autónomos del Derecho de la Unión que hubieran de ser interpretados de manera uniforme por todos los Estados integrantes”.

¹⁸² AAP Alicante 15.6.2015, aptdo. 98; AAP Cantabria 17.7.2015, FJ 5º, que en cuanto al riesgo de trastorno dice que “de apreciarse atendiendo a todas las potenciales acciones individuales que pudieran ejercitarse, supondría la evaluación de un riesgo potencial que no tiene porque llegar a materializarse, en tanto que el presupuesto necesario sería el ejercicio de dicha multitud de acciones y su estimación. Frente a ello, podría apreciarse que la trascendencia económica real del otorgamiento de efectos retroactivos a la nulidad de una cláusula abusiva en un contrato celebrado con consumidores ante el ejercicio de una acción individual, carece de trascendencia perturbadora para la economía general”, y respecto a la buena fe entiende que una valoración abstracta, que no tenga en cuenta la concreta actuación del profesional, “supondría beneficiar al profesional que con su conducta y actuación propició la nulidad por abusiva de la cláusula debido a la falta de transparencia por él ocasionada, en perjuicio del consumidor”.

los consumidores para evitar quebrantos patrimoniales a un sector (el financiero) que, además de no ser estatal, fue parcialmente rescatado con cargo al erario público.

Del pronunciamiento del Tribunal de Justicia depende que millones de españoles puedan recuperar íntegramente lo que por justicia les corresponde y que, en un ejercicio de pura obediencia a la doctrina del Tribunal Supremo, se les ha negado por los tribunales de instancia, siendo el ejemplo más reciente, e importante en cuanto a su impacto, la SJM nº 11 Madrid 7.4.2016, que estimando parcialmente la demanda interpuesta por ADICAE contra ciento una entidades financieras (reducidas a cuarenta tras los procesos de fusión), ha declarado nulas por falta de transparencia las cláusulas suelo presentes en sus préstamos hipotecarios, mas condenándolas a devolver las cantidades indebidamente abonadas por los consumidores tan solo “*a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013*”, tal como puede leerse en el fallo, aptdo. d), de esa reciente sentencia, que debiera sea revocada en este punto vía recurso, cuyo éxito iría anudado al reproche que la comunidad jurídica –que no bancaria– espera que reciba de Luxemburgo la doctrina de nuestro Alto Tribunal.

3.2.2. El contrato desprovisto de contenido abusivo

Tras establecer la desvinculación de las cláusulas abusivas, el art. 6.1 Dir. 93/13 prevé la situación derivada de ello para el contrato en que aquellas se insertaron, cual es que seguirá “siendo obligatorio para las partes en los mismos términos”. La *regla general* es que, mientras el clausulado abusivo no vincula, sí lo hará el resto del contrato, esto es, que la invalidez de ese contenido no se predica de la *lex contractus* residual, de manera que el contrato ha de considerarse tan sólo parcialmente nulo, siendo *excepcional* su ineficacia integral, que únicamente operará cuando aquel no pueda “subsistir sin las cláusulas abusivas” (art. 6.1 *in fine*, *a contrario sensu*).

Asumen ese carácter parcial de la ineficacia que afecta al contrato con cláusulas abusivas prácticamente todos los Estados miembros de la UE, incluido el nuestro (art. 83 TRLCU y arts. 9.2 y 10.1 LCGC, que contemplan tanto la regla como su excepción¹⁸³), refiriéndose las pequeñas diferencias existentes a las concretas técnicas

¹⁸³ Claramente en los citados artículos de la LCGC y en la *actual* redacción del art. 83 TRLCU dada por Ley 3/2014. Antes no se ordenaba expresamente la conservación del contrato, si bien la regla se deducía sin dificultades de dicho precepto, además de que la expresión utilizada por el legislador (las cláusulas abusivas “*se tendrán por no puestas*”, conforme se leía y sigue leyéndose en el art. 83, referencia presente desde la originaria LCU) se considera como *típica* de la nulidad parcial (así, ALFARO, op. cit., 1991, p. 334).

jurídicas empleadas¹⁸⁴. Lo mismo cabe decir de los instrumentos europeos, que prevén la vinculación del contrato en lo restante [arts. 6:306(2) ACQP, II.-9:408(2) DCFR, 77.2 FS, 79.2 CESL] si puede ser así mantenido (ACQP y CESL) *razonablemente* (DCFR y FS¹⁸⁵), con la salvedad de los PECL, que no contienen regla específica para esta materia, si bien se señala vía comentario oficial (del art. 4:110) que el resto del contrato puede seguir vigente si resulta posible y adecuado, pero si no tuviera sentido al suprimirse la cláusula abusiva, se anulará en su totalidad¹⁸⁶, no precisando empero con la debida claridad la aplicabilidad del art. 4:116 PECL, regulador de la “anulación parcial”¹⁸⁷. Por su parte, la PMCC consagra la ineficacia parcial del contrato con condiciones generales abusivas, a menos que resulte –de la integración– una situación inequitativa para una de las partes (misma previsión que contenía *in fine* el art. 83 TRLCU antes de ser reformado por Ley 3/2014), en cuyo caso podrá producirse excepcionalmente la ineficacia total de dicho contrato¹⁸⁸.

Conviene advertir que el legislador comunitario no ha querido imponer en todo caso el mantenimiento del contrato que ha visto mermada su reglamentación tras el

¹⁸⁴ De las que da cuenta EBERS, op. cit., 2008, p. 241.

¹⁸⁵ En el FS rev. (art. 80.2) se eliminó, sin embargo, la nota de razonabilidad en el mantenimiento (presente en art. 77.2 FS por seguir fielmente al DCFR), y así pasó al art. 79.2 CESL.

¹⁸⁶ *Principios, Partes I y II*, “Art. 4:110 – Comentario”, pp. 388 y 389.

¹⁸⁷ A priori pudiera parecer aplicable para resolver sobre la eficacia del contrato con determinadas cláusulas abusivas (pues, como vimos *supra*, la abusividad es, conforme al art. 4:110, causa de *anulabilidad* en los PECL), pero lo cierto es que el comentario (H) del art. 4:110 no remite para su regulación al art. 4:116 (según el cual “If a ground of avoidance [causa de anulabilidad en la versión española] affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract”) sino que lo dicho se “compare” con el art. 4:116 y también con art. 6 Dir. 93/13 (“Cf. Art. 6 of the Directive and Article 4:116”, LANDO/BEALE, op. cit., p. 270, acrónimo igualmente presente en la versión española –*Principios*, op. ult. cit., p. 389–); además, en el comentario del art. 4:116 se advierte que quien tiene derecho a anular tal clausulado podrá hacerlo sin necesidad de acudir a este precepto (*Principios, Partes I y II*, “Art. 4:116 – Comentario”, p. 404). Interpreta MARTINUSSEN, H.F. (“Unfair Contract Terms”, en PLAZA PENADÉS, J./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. [eds.], *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham, 2015, p. 103) esa mención en el comentario del art. 4:110 como que el efecto sobre el resto del contrato está regulado por el art. 4:116; en contra de que este precepto sea aplicable si se desea anular una cláusula abusiva, GIMÉNEZ COSTA, A., “II.-1:108: Invalidez parcial o ineficacia”, en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, t. I, Barcelona, 2012, p. 110.

¹⁸⁸ En efecto, establece el art. 1263.1 PMCC en su pfo. 1º que la declaración de nulidad de las condiciones por su carácter abusivo “no determinará la ineficacia total del contrato” (misma fórmula ex art. 10.1 LCGC), “que se integrará conforme al artículo 1243” (réplica del actual art. 1258 CC), y según su pfo. 2º “sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa para una de las partes, podrá declararse la ineficacia total del contrato”, que a primera vista pudiera dar a pensar que la ineficacia total será el paso siguiente a la declaración de nulidad por abusividad si el contenido subsistente resultara inequitativo, mas, como advierte BLANDINO (op. cit., 2011, p. 288, conforme a una interpretación lógica y sistemática del precepto), la valoración acerca de si procede o no decretar la nulidad total requiere la previa integración de contrato.

control de contenido¹⁸⁹, aunque la fórmula atécnica empleada en el art. 6.1 *in fine* Dir. 93/13 (“si éste *puede subsistir* sin las cláusulas abusivas”) no permite deducir en función de qué criterios debe valorarse la posibilidad de subsistencia después de practicarse dicho control, por lo que en principio habrá que estar al Derecho nacional¹⁹⁰. Tampoco alude a la cuestión de cubrir las lagunas que puedan originarse por la no vinculación de parte del contrato (el clausulado que no ha superado aquel control, *ergo* abusivo) cuando en lo demás quede vigente, ni, en su caso, al modo de colmarlas, silencio – compartido por los instrumentos europeos citados– que ha sido interpretado como una remisión a los distintos sistemas de integración de los ordenamientos nacionales¹⁹¹.

Ahora bien, la libertad *a priori* dispensada al legislador nacional para establecer cuándo procede conservar el contrato residual o cómo procurar que la nulidad se circunscriba por regla a la cláusula correspondiente¹⁹², ha sido matizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En el caso español, las consecuencias de sancionar el clausulado abusivo sobre el conjunto del contrato respondían al siguiente *iter*: nulidad parcial (restringida pues al contenido reprobado), integración¹⁹³ y, con el resultado de esta, valoración judicial sobre el definitivo alcance de la nulidad, que, excepcionalmente, podría convertirse en total; así era hasta que, a raíz de la St. *Banco Español de Crédito*, desapareció el paso intermedio de la integración que preveía el art. 83 TRLCU, lo que parecía conducir irremediabilmente a una valoración de la eficacia del contrato sin previa *labor integradora*, que, como veremos con la ulterior St. *Kásler y Káslerné Rábai*, no llega a impedirse por el TJ sino a relegarse su operativa a carácter subsidiario, de un modo concreto y tras una *previsión* valorativa de subsistencia que la precede y que implicará la entrada o no en juego de la integración “permitida”.

Por ello, expondremos en las líneas que siguen la cuestión elemental, cual es el fundamento y la naturaleza de la regla general, para a continuación, por este orden, la

¹⁸⁹ PAGADOR, op. cit., 1999, p. 81.

¹⁹⁰ Señala KAPNOPOULOU (op. cit., p. 151) que la Directiva no contiene ningún concepto de efecto jurídico regulado de manera exhaustiva, sólo establece directrices, remitiéndose, para las disposiciones precisas relativas a los distintos efectos, a los Derechos nacionales de los Estados miembros.

¹⁹¹ BLANDINO, op. cit., 2012, p. 682, n. 648 y doctrina ahí citada, a favor y en contra.

¹⁹² PFEIFFER (“Kommentierung”, op. cit., 2009, artículo 6, aptdo. 10, p. 3) deduce del tenor del art. 6.1, 2ª mitad, de la Directiva que los efectos jurídicos del carácter abusivo de una cláusula (no vinculación) deben limitarse por regla general a las cláusulas abusivas, lo que a su vez significa que el contrato siga siendo válido en lo demás. Por su parte, los comentarios oficiales de ACQP y DCFR señalan que el efecto de no vinculación es una regla limitada a la cláusula abusiva (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:306”, 2007, p. 252, 2009, p. 337; DCFR, Full Edition, “II.-9:408”, p. 656).

¹⁹³ Como medio de cobertura de la eventual laguna a fin de posibilitar la vigencia del contrato depurado.

cuestión relativa a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, y la referente a su integración.

A) Fundamento y naturaleza de la regla de nulidad parcial

En el marco ordinario del Derecho privado, el problema de la proyección que debe tener la nulidad de parte del negocio no está resuelto *con carácter general* por el ordenamiento español, a diferencia de otros como el italiano (art. 1419 *Codice Civile*) o el alemán (§ 139 BGB¹⁹⁴), si bien parece que la solución de este último es la más acorde con el sistema de nuestro Código Civil, en que la nulidad parcial no está prevista sino para casos determinados¹⁹⁵.

Contrasta esa falta de previsión general con la PMCC, que en su art. 1309 dispone lo siguiente: *“La nulidad de alguna estipulación sólo comportará la de todo el contrato cuando por aquélla quede esencialmente frustrada la causa según los criterios de la buena fe. No obstante, subsistirá el contrato sin aquella estipulación cuando sea ésta la consecuencia que se derive de la ley imperativa infringida”*. Se regula, por tanto, la nulidad parcial conforme a dos criterios (también aplicables a la “anulación parcial” *ex* art. 1309.II), cuales son, por un lado, el *favor negotii*, como principio de máximo respeto de la voluntad de los contratantes para que esta no quede del todo malograda; y por otro lado, un criterio de mantenimiento forzoso, independiente de la voluntad de las partes,

¹⁹⁴ Que al regular la *Teilnichtigkeit*, dispone que si una parte de un negocio jurídico es nulo, todo el negocio jurídico es nulo, a menos que deba entenderse que habría sido celebrado incluso sin la parte nula. La regulación general consagra, por tanto, la solución de nulidad total (no así en sede de condiciones generales, donde el § 306 Abs. 1 BGB establece la parcial) en caso de duda, presumiendo que las partes no querrían el negocio sin la parte inválida, a diferencia del *Codice Civile*, que presupone de que sí lo quieren aun sin ella, de modo que quien pretenda la nulidad total habrá de probar que no habría contratado sin esa parte (art. 1419.1, que, siendo de aplicación general en materia contractual, sufre una desviación en la contratación con consumidores, donde rige el art. 36.1 *Codice del Consumo*: nulidad parcial sin salvedad alguna). Ambas reglas son, como apunta ALFARO (op. cit., 1991, p. 339), *residuales*: para el caso de que el juez llegue a un *non liquet*, esto es, que de los datos aportados por las partes no pueda deducirse su voluntad “hipotética” (que no real, porque las partes no han querido ni la nulidad total ni la parcial, sino la validez del todo el contrato), si habrían celebrado el contrato sin la parte nula.

¹⁹⁵ En este sentido, O'CALLAGHAN, X. [“Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas” (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril), en *EC*, n° 54, 2000, p. 142] señala que en los negocios jurídicos *inter vivos* la nulidad de una parte del mismo da lugar, como regla general, a la nulidad total y, como excepción, se da la nulidad parcial, advirtiendo no obstante que cuando se trata de cláusulas abusivas (fuera por tanto del CC) se establece en la ley la regla inversa: la regla general es la nulidad parcial y la regla excepcional, la nulidad total. Entiende ALFARO (op. ult. cit., p. 341) que, fuera de los supuestos en que la norma infringida se manifieste expresamente, y a falta de una regla nacional al modo alemán o italiano, las soluciones de estos sistemas no parecen trasladables al nuestro por vía interpretativa, porque constituyen una opción del legislador, inclinándose por pensar que en el Derecho español el juez no puede llegar a un *non liquet* y ha de decidirse por mantener la validez del resto del contrato o declarar la nulidad total en función de cuál de ambas respuestas considere que respeta mejor la voluntad de las partes.

como medio para hacer cumplir determinadas leyes imperativas. En este esquema, la nulidad parcial operará en todo caso si viene impuesta por la infracción de tales leyes, mientras que en los demás supuestos procederá salvo frustración de la causa negocial, en que se fundará, como excepción, la nulidad total.

La nulidad parcial que no responde a ese postulado de respeto a la voluntad, lo hace, en cambio, al denominado *orden público de protección*, esto es, como respuesta exigida por la finalidad de las normas protectoras de la parte débil de las relaciones contractuales¹⁹⁶. Cuando se viola una norma que participa de tal carácter, decantarse por la nulidad total sería una medida lesiva para los derechos de orden público del protegido, pues la otra parte podría tener la posibilidad de desvincularse del contrato, eludiendo así la aplicación de la normativa protectora¹⁹⁷.

Que el mantenimiento obligatorio (por mandato legal) de lo válido en el contrato tenga un eje distinto a la voluntad negocial no significa una injerencia en la autonomía privada. Claramente se ve en el ámbito de la contratación predispuesta, en tanto que redacción e incorporación de la cláusula inválida no fueron voluntad del adherente, sujeto para cuya protección se dicta la norma que, violada, provoca la nulidad; aquí no hay un ataque a esa autonomía, sino a la reglamentación impuesta por el predisponente¹⁹⁸ que ha infringido la normativa imperativa protectora, cuya finalidad se vería frustrada si para evitar la vinculación de la cláusula reprochable tuviera que pasar el adherente por la ineficacia integral del contrato. A modo de ejemplo, respecto del art. 6.1 Dir. 93/13, se ha dicho que esta disposición se dirige a

¹⁹⁶ ALFARO, op. cit., 1991, p. 342. Señaló GORDILLO CAÑAS, A. ("La nulidad parcial del contrato con precio ilegal", en *ADC*, vol. 28, 1/1975, p. 123) que el carácter tuitivo de sus disposiciones exige que sólo la cláusula infractora pierda fuerza, manteniéndose el contrato válido sin la previsión que "contra legem" se introdujo, de modo que entra así en juego el principio de conservación del negocio, si bien *con apoyo no en la voluntad de las partes, sino en la Ley*, con lo cual su encuadramiento deja de ser el de la interpretación negocial, pasando al de las técnicas legales de mantenimiento del contrato.

¹⁹⁷ BLANDINO, op. cit., 2011, p. 268, señala (n. 126) que esta nulidad parcial intenta resolver aquellos casos en los cuales, tanto la restitución recíproca de las prestaciones, como, en su caso, el recurso a lo preceptuado por los arts. 1305 y 1306 CC, resultan inadecuados para la satisfacción de la finalidad perseguida por la norma vulnerada. Como indicara DE CASTRO Y BRAVO, F. (*El negocio jurídico*, 1971, reimpr., Madrid, 1985, p. 494), las ventajas que se establecen imperativamente para los más débiles quedarían laminadas si, con la imposición de una cláusula ilícita, se pudiera reservar la parte fuerte la posibilidad de acabar la relación negocial cuando quisiere; y GORDILLO (op. cit., pp. 122 y 123), que la protección del llamado "contratante débil" es causa de limitación de la libertad de fijación del contenido del contrato, se trata de evitar que uno de los contratantes quede a merced de la prepotencia económica de su contraparte, operando una "nueva especie de ineficacia" a consecuencia de la infracción de la disciplina legal imperativa, frente a la nulidad total que produciría en tal caso deplorables efectos y que no llegaría a ser medio eficaz de cumplimiento de la finalidad tuitiva de la ley.

¹⁹⁸ Cfr. PASQUAU, "Artículos 9 y 10", op. cit., 2000, p. 296.

reequilibrar la posición del consumidor impidiendo que quede vinculado por cláusulas abusivas, y no tanto a salvaguardar la autonomía contractual de la partes, mucho menos la del profesional, que podría estar interesado en liberarse de las obligaciones de un contrato que, una vez reequilibrado, le resultara menos beneficioso¹⁹⁹.

Por ello, para resguardar la finalidad protectora del Derecho de condiciones generales y consumerista, todos los preceptos que sancionan las cláusulas abusivas, vigentes (arts. 6.1 Dir., 8.2 LCGC, 83 TRLCU) o propuestos (arts. 1262.1 PMCC, 4:110 PECL, 6:306.1 ACQP, II.-9:408.1 DCFR, 77.1 FS, 79.1 CESL), van acompañados de otros tantos que descartan de base la nulidad total (arts. 6.1 Dir., 10.2 LCGC, 83 TRLCU, 1263.1 PMCC, 4:116 PECL, II.-9:408.2 DCFR, 77.2 FS, 79.2 CESL), dado que, como se ha dicho²⁰⁰, esa solución compromete la *integridad material de la norma protectora*, pues la nulidad total impide al adherente obtener lo que aquella pretende darle, que no es tanto la supresión en sí del clausulado abusivo, sino su eliminación para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada. En este sentido, el TJ ha señalado que, como se desprende de su jurisprudencia sobre el art. 6.1 Dir. 93/13²⁰¹, el objetivo perseguido por el legislador de la UE en el marco de la Directiva consiste en reestablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos con cláusulas abusivas²⁰². La función protectora de dicha disposición se convertiría en su opuesto si la invalidez de una o varias cláusulas condujera *per se* a la nulidad del contrato en su conjunto²⁰³.

La *ratio* de la nulidad parcial establecida por esas normas es evitar que el contratante al que se han impuesto cláusulas abusivas quede privado de las ventajas

¹⁹⁹ TIZZANO, op. cit., pto. 80.

²⁰⁰ ALFARO, op. ult. cit., p. 341; PAGADOR, op. cit., 1999, p. 606.

²⁰¹ Concretamente la que, iniciada por St. *Mostaza Claro*, proclama el carácter imperativo de tal disposición que, *habida cuenta la situación de inferioridad de una las partes del contrato*, trata de reemplazar el equilibrio formal que este establece entre los derechos y obligaciones de las mismas por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre ellas. Para una crítica de esta jurisprudencia vid. HESSELINK, M.W., “Unfair Terms in Contracts Between Businesses”, en SCHULZE, R./STUYCK, J. (eds.), *Towards a European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 132 y 133.

²⁰² SSTJ *Pereničová y Perenič* (aptdo. 31), *Jörös* (aptdo. 46), *Kásler y Káslerné Rábai* (aptdo. 82).

²⁰³ TRSTENJAK, V., *Conclusiones en el Asunto C-453/10, Jana Pereničová y Vladislav Perenič contra SOS financ, spol. s.r.o.*, presentadas el 29.11.2011 (ECLI:EU:C:2011:788), pto. 50. Refiriéndose al antiguo § 6 AGBG (actual § 306 BGB, que, como vimos *supra*, sienta la regla de nulidad parcial del contrato con condiciones generales ineficaces, frente a la prevista de ordinario, antes y ahora, en § 139 BGB), y su función protectora, apuntaron WOLF, M./UNGEHEUER, C. (“Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen – Teil 1”, en JZ, 2/1995, p. 84) que, precisamente por tener en cuenta la protección del cliente, no sigue al § 139 BGB, pues la nulidad total daría a aquel “*Steine statt Brot*” (piedras en lugar de pan).

derivadas de la celebración del contrato y mantener este en la medida de lo posible²⁰⁴. En sentido inverso, se trata de evitar las consecuencias negativas que la nulidad integral traería consigo, para el concreto adherente (pérdida del derecho a exigir la prestación o devolución de la que hubiera recibido) y para el potencial, pues el riesgo de desaparición del contrato con la nulidad de una cláusula abusiva incentivaría al adherente a no solicitarla²⁰⁵ y, a su vez por ende, al predisponente a seguir usándola.

Téngase en cuenta que, para el predisponente, el mantenimiento del contrato sin el clausulado afectado puede resultarle inidóneo, prefiriendo en tal caso su nulidad total²⁰⁶; por ello, el fundamento de la parcial que se *ordena* normativamente participa de un carácter de orden público de protección²⁰⁷, dado que al venir así impuesta (frente a la nulidad basada en la voluntad presumible de las partes²⁰⁸) seguirá rigiendo el contrato en su parte válida aunque constara que el predisponente no lo hubiera celebrado sin la parte nula, de hecho carece de sentido cuestionarse aquí si las partes

²⁰⁴ PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:306”, 2007, p. 251, 2009, p. 336; *DCFR, Full Edition*, “II.-9:408”, p. 654 y 655.

²⁰⁵ ALFARO, op. ult. cit., pp. 342 y 343. La evitación de las consecuencias negativas (y por tanto disuasorias) que la nulidad total tendría para el adherente-consumidor, como motivación del recurso a la parcial, ha sido una idea ampliamente compartida por nuestra doctrina, *ad exemplum*, BERCOVITZ, R., “La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 202; SARAZÁ JIMENA, R., “La nulidad en los contratos de adhesión”, en FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial, El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, Madrid, 1994, pp. 30 y 31; PAGADOR, op. cit., 1999, p. 605.

²⁰⁶ Sostiene un enfoque distinto PERDICES HUETOS, A.B. (“Art. 10”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [coord.], *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 528), para quien el profesional no tiene especial interés en la nulidad total de uno de los contratos que él mismo ha redactado, aunque su mantenimiento le pueda resultar concretamente gravoso, sino que para él lo relevante es el conjunto de su contratación, y precisamente por ello, defiende este autor que la regla de la nulidad parcial le es útil al profesional, pues –dice– aumentará el volumen de contratación gracias a la confianza que despierta en el consumidor el “saber” que puede contratar sin temor a quedar vinculado por cláusulas abusivas; argumento que, entendemos, parte de una base más voluntarista que real en la práctica (por ende, a nuestro juicio, poco convincente), cual es que los consumidores tienen ese conocimiento previo.

²⁰⁷ PASQUAU, “Artículos 9 y 10”, op. cit., 2000, p. 296.

²⁰⁸ Orientación que se postula cuando la norma infringida no proporcione una solución determinada respecto a la validez del resto del contrato. No es el caso, como sabemos, de la Dir. 93/13 –y de nuestra legislación tuitiva del contratante débil–, de hecho se ha señalado (TIZZANO, op. cit., ptos. 77 y 79) que su art. 6.1 se opone a una normativa nacional que establezca la vinculación del resto sólo si las partes también habrían contratado sin la cláusula abusiva, porque tal disposición comunitaria debe entenderse en el contexto de su finalidad legal (reparar la posición contractual del consumidor al impedir que quede vinculado por el contenido abusivo), sin que quepa excepcionar la regla general –nulidad parcial– cuando de una valoración *a posteriori* resulte que una de las partes, probablemente el profesional predisponente, no habría celebrado el acuerdo sin la cláusula que no ha superado el control de contenido.

habrían contratado sin la cláusula correspondiente, porque tal pregunta sólo tendría sentido respecto del predisponente²⁰⁹.

Así, en cuanto a la naturaleza de esta nulidad parcial “coactiva”²¹⁰, resulta claro que es una forma acentuada de la nulidad *ipso iure*, pues, aunque cuantitativamente menor en su proyección respecto de la integral (sólo afecta a una parte del contrato), *acrecienta* cualitativamente, para el infractor de la norma, tanto el *efecto sancionador*, al quedar vinculado a un contrato privado de ventajas previstas al celebrarlo²¹¹, como – por ende– su *función disuasoria*²¹², pues el predisponente deberá formular cláusulas adecuadas para evitar tal efecto²¹³. Desde esta perspectiva, la parcialidad coactiva es nítida expresión de la *nullidad de protección*.

En efecto, no perdamos de vista que una cosa es la sanción al clausulado abusivo (desvinculación) y otra su extensión contractual (parcial o total), y que aquella,

²⁰⁹ ALFARO, op. ult. cit., p. 344, señala (n. 28) que no cabe recurrir a la voluntad hipotética de las partes simplemente porque respecto de las condiciones generales no ha habido por parte del adherente una representación mental concreta del contenido de las mismas que le haya inducido a celebrar el contrato. MIRANDA SERRANO, L./PAGADOR LÓPEZ, J. (“Integración contractual de condiciones generales y cláusulas predisuestas abusivas: el Tribunal de Justicia de la UE ha debido ser más claro en esta materia”, en *www.ccopyme.org*, 11.12.2013) indican que en el ámbito de las condiciones generales es muy improbable que existan indicios que permitan averiguar cuál es esa voluntad hipotética, debido a que el contrato es confeccionado unilateralmente por una sola de las partes, el predisponente, de suerte que las cláusulas por él predisuestas no pueden considerarse expresión de la voluntad común de ambos contratantes.

²¹⁰ Expresión que, acuñada entre nosotros, que nos conste, por GORDILLO (op. cit., p. 189 y 197), ha tenido predicamento en la doctrina española (en la italiana, hablaba ya de una conservación coactiva, explicando sus razones, CRISCUOLI, G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milán, 1959, pp. 122 y 123), desde que la utilizara CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (“Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo Derecho del contrato, en *ASN*, t. Extra 1, 1988, pp. 155-157), respecto del art. 10.4 LCU en su primigenia versión; PERTÍÑEZ (op. cit., 2004, p. 140) habla de nulidad parcial *impuesta, contra la voluntad del predisponente*; GONZÁLEZ PACANOWSKA (op. cit., 2009, p. 987) señala que esta nulidad coactiva, que *prescinde de la voluntad del predisponente*, como medida de protección de consumidor, intenta salvar lo mínimo común (celebrar el contrato) excluyendo lo abusivo por razón de su contenido o por falta de transparencia; indican MIRANDA/PAGADOR (op. cit.) que el objetivo de la “nulidad parcial coactiva” estriba en conseguir que el adherente pueda oponerse a la utilización de cláusulas abusivas sin temor a verse abocado a que el contrato mismo termine siendo ineficaz, de ahí que por regla este sea imperativamente eficaz.

²¹¹ Ventajas que procedían de las cláusulas inválidas, *ergo*, ineficaces estas, desaparecen aquellas, de modo que el predisponente queda vinculado a un contrato que, en las condiciones resultantes, verosíblemente no hubiera celebrado. Vid. GORDILLO, op. cit., p. 196 y 198; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, pp. 48-50; PAGADOR, op. cit., 1999, p. 605; MONTICELLI, S., “Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell’art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c.)”, en *Rass. dir. civ.*, 3/1997, p. 566.

²¹² En este sentido, MONTICELLI, S., “Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio”, en *www.associazionecivilisti.it, Articoli e Saggi*, 25.11.2009, n. 7; DI MARZIO, F., *La nullità del contratto*, Padua, 2008, p. 749.

²¹³ DCFR, *Full Edition*, “II-9:408”, p. 656, en relación a la vinculación al contrato pese a que no le resultara ventajoso en los términos en que quedara subsistente.

como antes defendimos tomando la noción del *Codice del Consumo* italiano, responde al carácter de “nulidad de protección”, que trasciende la clásica caracterización de nulidad *-stricto sensu-* y anulabilidad tomando lo que de ambas resulta conveniente para lograr el objetivo conformador de tal figura (tutela real y plena del sujeto protegido)²¹⁴. Pues bien, si el medio que mejor tutela el interés protegido es, como venimos diciendo, la desvinculación parcial, es natural *-con este paradigma-* que se ordene coactivamente, de manera que la nulidad que sanciona la abusividad de las cláusulas satisfaga, al mismo tiempo, exigencias de reequilibrio²¹⁵ y conservación contractual. Se entiende así que el art. 36.1 *Codice del Consumo* (y antes, el aptdo. 1 del art. 1469-*quinquies* del *Codice Civile*) no contemple la excepción *ex art. 6.1 in fine* Dir. 93/13²¹⁶, en un intento de evitar, en beneficio del consumidor, la posibilidad de que la nulidad parcial se convierta en total²¹⁷.

²¹⁴ El elemento definitorio de la “nulidad de protección” es la consecución de dicho objetivo, y como lo trascendente es el fin, a él obedecen los medios, *ergo* los medios que mejor tutelan el interés protegido, modulando lo que sea preciso. De ahí que se tomen notas características de la nulidad de pleno derecho (imprescriptibilidad, apreciación de oficio) y anulabilidad (convalidabilidad, legitimación restringida), yendo por tanto más allá de la nulidad relativa (entendida como distinta a la anulabilidad, contrapuesta al rasgo absoluto de la nulidad *ipso iure*), pues el sujeto protegido puede tener interés en impedir la declaración de nulidad, incluso la que pueda resultar *de oficio* (que sólo operará en su beneficio, no pues cuando se manifieste en contra).

²¹⁵ En tanto que *nulidad de protección* elaborada a nivel comunitario con base en las cláusulas abusivas y, por tanto, necesariamente orientada al efecto reequilibrador buscado por la Dir. 93/13. Empero, una vez recibida dicha elaboración en los ordenamientos internos, se ha afirmado como instrumento de tutela que actúa al margen de los límites de aplicación de la normativa de consumo (MEZZASOMA, op. cit., p. 189). Se observa esta idea en instrumentos europeos (ACQP, DCFR, FS y CESL), donde *-como vimos supra-* se perciben rasgos característicos de la nulidad de protección, que trasciende los límites subjetivos de aquella, pues no sólo amparan de esta forma al consumidor, sino al contratante débil en general. A ello hay que añadir la tendencia comunitaria que, progresivamente, se orienta a superar la fragmentación normativa ligada a una calificación subjetiva de los contratantes, mediante la introducción de una regulación que garantice con mayor amplitud una protección eficaz del contratante débil; al respecto vid. PERLINGIERI, P., “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, en *Rass. dir. civ.*, 2/2001, pp. 334-356.

²¹⁶ Dispone el art. 36.1 *Codice del Consumo* que “Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”. Del mismo tenor era el art. 1469-*quinquies* 1 *Codice Civile*, salvo por la referencia a los preceptos relativos a la consideración de abusividad (arts. 1469-*bis* y 1469-*ter* *Codice Civile*, actuales arts. 33 y 34 *Codice del Consumo*), y a la “ineficacia” de la cláusula abusiva y “eficacia” del resto del contrato *-actuales “nulidad” y “validez”, respectivamente-*; en ambos, eliminada la cláusula abusiva, el contrato sigue rigiendo, sin preverse salvedad alguna. Que no se tome en consideración lo establecido en el art. 6.1 *in fine* Dir. 93/13 es, para BLANDINO (op. cit., 2011, p. 290 y n. 225), sustancial manifestación de la exigencia de tutela del consumidor, y expresión del poder reconocido al legislador nacional por el art. 8.1 Dir. 93/13 para adoptar disposiciones que garanticen un grado de protección más elevado para aquel, respecto a la tutela mínima asegurada por la Directiva.

²¹⁷ CASTRONOVO, C., “Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive”, en *Eur. dir. priv.*, 1/1998, p. 39, intento del legislador que no es del todo exitoso, ya que puede ocurrir que la nulidad de la cláusula provoque un defecto estructural, por falta de un elemento esencial, en cuyo caso contaminará al resto del contrato (*ergo* nulo totalmente), especialmente por indeterminación de su objeto;

En cambio, nuestro legislador optó por introducir reservas a la nulidad parcial coactiva, previendo explícitamente el salto de la nulidad parcial a la total²¹⁸, y recibiendo por ello –en tanto que se resta eficacia a la sanción– la crítica de la doctrina científica²¹⁹. Mas lo realmente censurable no es tanto la previsión legal de que la nulidad del clausulado abusivo pueda llegar a comportar la invalidez integral del contrato, sino la deficiente regulación que de los criterios determinantes de ese salto se contiene en los textos nacionales vigentes (LCGC y TRLCU) y propuestos (PMCC)²²⁰, regulación que es directamente inexistente en la Dir. 93/13, la cual, como adelantamos *supra*, se limita a prever la regla subsidiaria sobre una posibilidad de subsistencia del contrato depurado –de clausulado abusivo– sin explicitar en función a qué debe considerarse subsistente (y por tanto incólume la nulidad parcial) o no (con efecto invalidante integral). Ha sido la jurisprudencia comunitaria la que, sin ánimo exhaustivo, ha arrojado luz sobre el particular, con un enfoque centrado en dar las bases generales y señalar la improcedencia de ciertas soluciones adoptadas a nivel interno, como en el caso español.

B) Criterios sobre la subsistencia del contrato parcialmente nulo

B.I) Planteamiento. *Statu quo* nacional

Que el contrato con cláusulas abusivas siga vinculando tras “desaparecer” estas (regla general de nulidad parcial) dependerá, en palabras del art. 6.1 *in fine* Dir. 93/13, de que “pueda subsistir” sin ellas, *ergo* cuando *se considere* que no pueda hacerlo, la inicialmente prevista desvinculación parcial de la *lex contractus* –sólo clausulado ineficaz por abusivo– se tornará plena (regla subsidiaria de nulidad total).

Esa consideración sobre la viabilidad de mantener vigente la reglamentación contractual no reprobada corresponde al juez que aprecie el carácter abusivo de las

vid. MONTICELLI, op. cit., 2009; DI MARZIO, op. cit., p. 858; CASTRONOVO, *ib.*, p. 38; D'ADDA, A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padua, 2008, pp. 9-12, 231-237.

²¹⁸ En este sentido dice BLANDINO (op. cit., 2011, p. 277) que no se trata de una figura de nulidad parcial “coactiva” *pura* o que pueda aplicarse sin reservas.

²¹⁹ Desde la originaria LCU, cuyo art. 10.4 ya contemplaba la conversión de la nulidad parcial (regla) en total (excepción) como resultado de una situación inequitativa. Vid. POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Madrid, 1980, p. 117; BERCOVITZ, R., op. cit., 1987, p. 154; CLAVERÍA, op. cit., 1988, p. 157.

²²⁰ Criterio que, defendido por PASQUAU LIAÑO, M. (“Cláusulas abusivas: nulidad de la cláusula, validez del contrato. Constitucionalidad de las normas que ordenan la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores”, Comentario a la STS de 7 de julio de 1999, en CCJC, nº 51, 1999, p. 1304), hace suyo y actualiza BLANDINO, op. cit., 2011, p. 290.

concretas cláusulas. Así resulta a nivel comunitario (Auto *Pohotovost*, aptdo. 61²²¹) y nacional español, con la diferencia de que la valoración judicial no se ancla allí en criterios positivizados, que sí existen en nuestro ordenamiento. En la regulación de la LCGC, el criterio decisorio sobre el ulterior destino del contrato es que la nulidad de las condiciones afecte o no a uno de los *elementos esenciales del contrato* –desde el punto de vista formal *ex art. 1261 CC*²²²–; en caso afirmativo, el juez declarará la nulidad total (art. 9.2 LCGC), lo que también preveía el art. 83 *in fine* TRLCU para el supuesto de que el contrato remanente arrojará una situación inequitativa insubsanable en la posición de las partes. Dos regímenes con divergencia de criterio (lo cual suscitó críticas y dudas de aplicación²²³) y que, empero, coincidían en remitir la valoración *tras* la integración de la parte afectada, esto es, con el resultado de la labor integradora, impuesta legalmente al juez por el art. 10.2 LCGC y, antes de la Ley 3/2014, por el art. 83 TRLCU, cuyo tenor actual ya no contempla ni la integración ni aquel criterio propio, adoptando ahora la misma fórmula atécnica empleada por la Dir. 93/13.

Aunque celebramos que haya desaparecido, en sede específica de consumo, el criterio legal sobre la suerte del contrato, tras su depuración e integración, basado en la posición indistinta de las partes (pues una Ley que se dice protectora del consumidor no debe ser neutral en este punto²²⁴) –al tiempo que se desterró la facultad moderadora

²²¹ Donde el TJ indicó que si el órgano judicial llega a la conclusión de que la cláusula es abusiva en el sentido del art. 6.1 Dir. 93/13, la misma no ha de vincular al consumidor, debiendo tal órgano “determinar si el contrato puede subsistir sin esta cláusula abusiva”. Esto mismo recuerda TRSTENJAK (op. cit., 2011, pto. 69) indicando que ese papel le corresponde al juez nacional, “no sólo por su conocimiento del Derecho nacional sino también de las condiciones generales efectivas del asunto que debe dirimirse”.

²²² Esto es, consentimiento, objeto y causa. Desde un punto de vista real, guardan más relación con el enfoque de la Dir. 93/13, es decir, prestaciones básicas del contrato que como tal lo caracterizan.

²²³ Vid., por todos, PAGADOR, op. cit., 1999, p. 607.

²²⁴ Neutral también parece el § 306(3) BGB al prever la ineficacia total del contrato celebrado con condiciones generales cuando, tras la integración, su mantenimiento supusiera una carga irrazonable para una parte. Aunque no discrimina entre adherente y predisponente, la jurisprudencia en torno al antiguo § 6(3) AGBG –de idéntico tenor– ya interpretaba la norma de forma restrictiva, en el sentido de que su propósito no consiste en proteger al predisponente del riesgo derivado de la contratación, inherente a su propia actuación (EMPARANZA, op. cit., p. 476, n. 38 y doctrina alemana ahí citada). En nuestro caso, el paso a la nulidad total –inspirado en aquella disposición de la AGBG– “cuando las cláusulas subsistentes determinen una *situación no equitativa en la posición de las partes*” se viene arrastrando desde la LCU (primigenio art. 10.4, después art. 10 *bis*.2, y, por último, art. 83.2.III TRLCU), y desde entonces se ha criticado por su excesiva amplitud o laxitud (PAGADOR, op. cit., 1999, p. 691 y autores citados en n. 628), abogando por una interpretación restrictiva (el propio PAGADOR, *ib.*, p. 692 y doctrina que cita en n. 633); respecto al art. 83 *in fine* TRLCU, antes de su reforma por Ley 3/2014, BLANDINO (op. cit., 2011, p. 293) lo censuraba indicando que el legislador no tendría que haberse preocupado de si la nueva situación produce algún perjuicio al empresario, pues de hecho el posible inconveniente para este hubiera servido como medida disuasoria para que en el futuro se abstuviese de incluir cláusulas abusivas.

que el art. 83 TRLCU atribuía al juez para subsanar la situación inequitativa²²⁵–, nos parece censurable que el legislador se haya limitado a suprimir ese criterio, conservando la regla excepcional de nulidad total, sin proporcionar otro que permita al intérprete aplicarla (o descartarla) con nitidez. De poca calidad podemos calificar la actual dicción del art. 83 TRLCU y de escaso el esfuerzo legislativo a la hora de afrontar su reforma: a raíz de la St. *Banco Español de Crédito*, nuestro legislador, en una mal entendida prohibición integradora, eliminó del precepto todo vestigio de integración, llevándose así por delante la norma que, en sede específica, *hubiera permitido* al juez integrar por la vía admitida en la ulterior St. *Kásler y Káslerné Rábai* (sobre el particular remitimos al epígrafe 3.2.2.C.II), y toda referencia a un concreto criterio legal acerca de la subsistencia del contrato desprovisto de clausulado abusivo.

Al trasladar tal cual el inciso final del art. 6.1 Dir. 93/13 a nuestro art. 83 TRLCU, la reforma operada por Ley 3/2014 ha dejado en pura abstracción el criterio excepcionador de la nulidad parcial, con la consiguiente inseguridad jurídica en un punto de gran importancia. El legislador ha optado por la vía cómoda, regalándonos, no ya una mala técnica, sino directamente una ausencia de esta, y, al mismo tiempo, una muestra más de oportunidades desaprovechadas para corregir defectos sistémicos, en este caso, armonizar los regímenes jurídicos *ex* LCGC y TRLCU sobre nulidad de cláusulas predisuestas (la Ley 3/2014 no tocó el art. 9.2 LCGC, quedando así en pie la hipótesis de ineficacia integral por afectación de elemento esencial) para el supuesto de contratos B2C con condiciones generales reprobables.

Ahora por tanto se hace preciso, más que nunca, acudir a la jurisprudencia, sobre todo la que interpreta el art. 6.1 Dir. 93/13. Si partimos de que la regla de desvinculación parcial coactiva es expresión de la “nulidad de protección” –como venimos defendiendo–, parece claro que, de base, la valoración judicial sobre la eventual subsistencia del contrato (en lo relativo al clausulado no abusivo) no puede

²²⁵ Y que en la práctica daba lugar a que el juez, en vez de erradicar tal cual la cláusula abusiva, la moderase (lo que, como veremos en el epígrafe 3.2.2.C.I, fue expresamente reprobado por el TJ). La posibilidad de subsanación de esa situación inequitativa se contemplaba implícitamente en art. 83.2.III TRLCU (“Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes *que no pueda ser subsanada* podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”), y se sustanciaba en el momento de la integración del contrato y en la atribución al juez de facultades moderadoras “respecto de los derechos y obligaciones de las partes” (art. 83.2.II), que también tenía cuando, a pesar de ello, no pudiera subsanarse, *ergo* ineficacia integral del contrato, en cuyo caso tales facultades iban referidas a “las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable *para el consumidor*” (art. 83.2.II *in fine*), lo que significaba –como indicó PAGADOR, op. cit., 1999, pp. 601 y 602, respecto al art. 10 bis.2 LCU– que este tendría derecho a ser indemnizado por el profesional si de la ineficacia total se le derivase un perjuicio y tal ineficacia viniese provocada por la nulidad de las cláusulas predisuestas por aquel.

hacerse depender del interés presunto o efectivo del predisponente. La cuestión capital es, por tanto, si se veda al juez toda posibilidad de valorar el ulterior destino del contrato en función de criterios subjetivos, esto es, si cabe, descartando la hipótesis antes apuntada, considerar la posibilidad de su subsistencia según ello resulte más favorable al consumidor, o si, por el contrario, dicha valoración ha de hacerse con un enfoque puramente objetivo. Para responder a tal cuestión hay que analizar, en primer lugar, cuál es el enfoque por el que aboga el TJ a la hora de interpretar el art. 6.1 Dir. 93/13 y, en segundo término, cual sea este, si cabe modularlo a nivel interno sin merecer reproche comunitario.

B.II) Jurisprudencia comunitaria y consideraciones al respecto

Con ocasión de la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-453/10, el TJ arrojó luz sobre el inciso final del art. 6.1 Dir. 93/13. En tal asunto se preguntó si, detectadas cláusulas abusivas, el ámbito de protección de la Directiva permitiría considerar que el contrato en su conjunto no vincula al consumidor si esto le resultara más favorable que mantener la validez de las cláusulas no abusivas de dicho contrato. Al pronunciarse al respecto en la St. *Pereničová y Perenič*, el Tribunal de Justicia, y sobre todo la Abogada General TRSTENJAK en sus conclusiones (que explícitamente sigue el TJ en su resolución), examinó si dicha disposición debe interpretarse con un enfoque subjetivo u objetivo, pues teóricamente en uno u otro podría fundamentarse la indagación judicial sobre la posibilidad de subsistencia del contrato desprovisto de clausulado abusivo. En efecto, el carácter ambiguo del art. 6.1 *in fine* Dir. 93/13 permitiría *a priori* basar tal indagación en razones objetivas o subjetivas, mas respecto de estas últimas sólo cabría atender al interés del consumidor, no del profesional²²⁶.

Para TRSTENJAK, siguiendo la línea apuntada anteriormente por TIZZANO²²⁷, argumentos de peso redundan en contra de una interpretación según la cual la valoración de si un contrato, conforme al art. 6.1 Dir. 93/13, “*puede subsistir sin las cláusulas abusivas*”, debe efectuarse en función de criterios subjetivos. Tales argumentos son, por un lado, el propio tenor de dicho precepto, y por otro, la finalidad

²²⁶ Como hemos apuntado antes, el instituto de la “nulidad de protección” excluye la posibilidad de subsistencia fundamentada en el *interés* de quien predispuso las cláusulas abusivas, ya sea presunto (cfr. TIZZANO, op. cit., ptos. 79 y 80) o real, pues entonces, en perjuicio del consumidor, quedaría en sus manos la opción de burlar la regulación impuesta por la Directiva (en este sentido, PAGADOR, op. cit., 1999, p. 81).

²²⁷ Reconocimiento que, en varios pasajes de sus conclusiones, hace TRSTENJAK al otrora Abogado General y actual Presidente de la Sala 1ª del TJ. TIZZANO fue, de hecho, pionero en abogar por un criterio objetivo para excepcionar la regla de nulidad parcial, al señalar (op. cit., pto. 79) que “*únicamente caben excepciones a esta regla general cuando el propio contrato objetivamente no pueda subsistir sin la cláusula abusiva*”.

de la Directiva. En cuanto a lo primero, sostiene la Abogada general²²⁸ que si el legislador comunitario hubiera concedido importancia al interés del consumidor en seguir vinculado o no por el contrato, habría podido incluirlo en esa disposición y, al no hacerlo, tal renuncia debe entenderse como un indicio de una decisión deliberada en contra, interpretación que confirmaría el considerando 22²²⁹, cuya formulación, más clara que la propia disposición, vendría a indicar la posibilidad *objetiva* de subsistencia.

En cuanto al segundo de los argumentos, señala que atender exclusivamente a un criterio subjetivo iría en detrimento de una doble finalidad de la Directiva: el reestablecimiento del equilibrio real entre las partes y el establecimiento del mercado interior²³⁰. Sobre la primera, arguye que si bien es cierto que con una nulidad total declarada tan solo en favor del consumidor se eliminaría el desnivel que beneficiaba al profesional, ello no garantizaría el equilibrio perseguido por el legislador comunitario, cual es la igualdad entre ambas partes, sin que quepa presumir que quisiera procurar al consumidor una posición jurídica superior²³¹, y sin que sea justificable liberar a este de obligaciones libremente asumidas (las que no derivan de cláusulas abusivas, se entiende) en virtud del principio de autonomía privada²³². Sobre la otra finalidad, indica que una actividad comercial sólo puede desarrollarse allí donde se garantice la *seguridad jurídica* a los agentes económicos, que incluye la protección de la confianza de dichos agentes en la continuidad de las relaciones contractuales, confianza que quebraría a largo plazo si la eficacia del contrato dependiera únicamente del interés de una parte, hipótesis que reduciría la disposición de los profesionales a celebrar acuerdos con los consumidores y con ello la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar.

Los argumentos de TRSTENJAK son acogidos por el TJ en la St. *Pereničová y Perenič*, estableciendo (aptdos. 32 y 33) que los mismos –sintéticamente, tenor de la disposición y seguridad jurídica– abogan por un enfoque *objetivo* al interpretar el art.

²²⁸ Vid. TRSTENJAK, op. cit., 2011, ptos. 57-59.

²²⁹ Dispone *in fine* que “...el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas *no afecten a su existencia*”.

²³⁰ Vid. TRSTENJAK, op. ult. cit., ptos. 63-67.

²³¹ Si el destino del contrato dependiera exclusivamente de cuál sea en cada caso la situación más favorable para el consumidor, existiría el riesgo de que la relación entre las partes entrara de nuevo en desequilibrio y esta vez únicamente en provecho de aquel.

²³² Principio que goza de un valor elevado a nivel comunitario (vid. al respecto SSTJ 10.7.1991, *Neu y otros*, C-90/90 y C-91/90, aptdo. 13; 30.4.1998, *Bellone*, C-215/97, aptdo. 14; 5.10.1999, *España/Comisión*, C-240/97, aptdo. 99; 9.3.2006, *Werhof*, C-499/04, aptdo. 23), de hecho, por respeto al mismo, la intervención correctora para restablecer el equilibrio debe centrarse en sanear el contrato –celebrado en ejercicio de la autonomía contractual de ambas partes–, no en eliminarlo.

6.1 Dir. 93/13 (esto se reitera en la St. *Jörös*, aptdo. 47), negando que la posición de una de las partes, en este caso el consumidor, pueda considerarse “el criterio *decisivo* que decida sobre el ulterior destino del contrato”, esto es, que no cabe interpretar ese precepto en el sentido de que la valoración judicial sobre la posible subsistencia “sólo pueda basarse en el carácter eventualmente favorable para el consumidor”.

Se advierte que el Tribunal de Justicia no descarta toda posibilidad de evaluación conforme a tal criterio subjetivo, sino la que se base únicamente en este, lo que niega es que sea determinante *per se*. No se opone expresamente a que en el Derecho nacional se le conceda valor al interés del consumidor en este punto; lo que vendría a decir es que, si el legislador nacional estableciera un criterio puramente objetivo (que no se le concediera ninguna importancia a dicho interés en la valoración de la eficacia del contrato), el nivel de protección no quedaría por debajo del establecido en la Dir. 93/13²³³. En otras palabras, si la normativa nacional pretendiera elevarlo, podría hacerlo estableciendo un *criterio mixto*, máxime cuando el propio TJ ha sentado que, en virtud de la facultad normativa de los Estados miembros reconocida en el art. 8 Dir. 93/13 para aumentar dicho nivel²³⁴, la Directiva no se opondría a una norma nacional que, respetando el Derecho de la UE, permita declarar la nulidad total cuando ello garantice una mejor protección del consumidor²³⁵ (SSTJ *Pereničová y Perenič*, aptdo. 35, y *Jörös*, aptdo. 47), lo cual se ha interpretado como una connotación “natural” de la *nulidad de protección*²³⁶.

El enfoque mixto sería aquel por el cual no cabe mantener de modo artificial, por mor de un criterio subjetivo puro, un contrato que objetivamente no pueda

²³³ Cfr. TRSTENJAK, op. cit., 2011, pto. 70.

²³⁴ Los Estados pueden establecer reglas que supongan un *plus* respecto del nivel de protección de la Directiva, no un *aliud* o un *minus* (KAPNOPOULOU, op. cit., p. 162).

²³⁵ Para TRSTENJAK (op. ult. cit., pto. 73) no hay dudas sobre la compatibilidad de una normativa nacional de este tipo con el objetivo del establecimiento de un mercado interior, “*siempre que las libertades fundamentales no resulten menoscabadas*”, señalando que a este respecto (n. 31), en relación con la actividad profesional específica de concesión de créditos, ha de pensarse sobre todo en la libre prestación de servicios y, en menor medida en la libre circulación de capitales. Esto ya se apuntó en la STJ 3.10.2006, *Fidium Finanz*, C-452/04, al señalar (aptdo. 43) que dicha actividad se refiere, en principio, tanto a la libre prestación de servicios del art. 49 y ss. TCE (respecto de la cual es secundaria la libre circulación de mercancías –vid. STJ 16.12.2010, *Josemans*, C-137/09, aptdo. 50 y jurisprudencia ahí citada–, que sería pertinente en el caso de compraventa de bienes muebles) como a la libre circulación de capitales del art. 56 y ss. TCE.

²³⁶ Así, ALESSI, R., “*Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brussee*”, en *www.juscivile.it*, 7/2013, p. 396, señalando que, aunque en principio la nulidad no afecta a todo el contrato, para proteger a los consumidores se entrega a la valoración del juez nacional, que tendrá que volver a un parámetro subjetivo, referido tan solo a la parte consumidora.

subsistir, de manera que si este es el caso ningún valor tendrá, en la indagación sobre la viabilidad del contrato remanente, su carácter favorable para el consumidor, debiendo declararse la nulidad total; pero, constatada en cambio la posibilidad material de subsistencia (que supondría, según un criterio objetivo puro, el mantenimiento en todo caso del contrato), sí ha de tenerse en cuenta el valor del interés del consumidor en seguir o no vinculado por el contrato, de manera que si el juez comprobara –no sólo por la manifestación del consumidor en este sentido, sino también atendiendo a las circunstancias del caso concreto– que su mantenimiento (factible objetivamente) le resultara perjudicial frente a la eventual declaración de nulidad integral, podría esta prevalecer en beneficio del consumidor siempre que exista en el Derecho nacional una norma que así lo permita²³⁷.

Al tiempo que la persistencia del contrato debe ser jurídicamente posible en virtud de las normas de Derecho interno (St. *Banco Español de Crédito*, aptdo. 65; St. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdo. 57; STJ 21.1.2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 –en adelante, St. *Unicaja Banco y Caixabank*–, aptdo. 28), tales normas podrían admitir que eventualmente se declare su ineficacia integral cuando así el consumidor quede más protegido (SSTJ *Pereničová y Perenič*, aptdo. 35, y *Jörös*, aptdo. 47).

Se comparta este enfoque o se entienda preferible el puramente objetivo, lo cierto es que, en ambos casos, resulta necesario concretar las razones objetivas que excepcionen la regla de nulidad parcial. El TJ se ha limitado a bendecir el enfoque objetivo para interpretar el art. 6.1 Dir. 93/13, lo cual no constituye novedad entre la doctrina científica, que en la exégesis de la norma ya había apuntado que, cualquiera que fuese la hipótesis de nulidad total regulada a nivel interno, esta habría de obedecer a requisitos objetivos, debiendo declararse, por ejemplo, cuando las lagunas que presente el contrato tras depurarlo de clausulado abusivo resulten ser demasiado extensas²³⁸, cuando por su finalidad y naturaleza jurídica no pueda quedar en pie sin

²³⁷ Se trataría de no imponer al consumidor la regla (conservación contractual) cuando el interés protegido quedara más amparado por la excepción (invalidación integral). Tal circunstancia acontecía en el asunto examinado por la St. *Pereničová y Perenič* (crédito al consumo con una TAE inferior a la real: vid. la explicación del tribunal remitente en aptdo. 24); en general, abstracción hecha del caso concreto, la hipótesis de base es que la pérdida del bien o servicio –a que conduciría la nulidad total– fuera menos perjudicial para el consumidor que su plena desvinculación contractual. Por ejemplo, en un préstamo hipotecario difícilmente se diera esta circunstancia pues tendría que devolver de una vez el capital recibido, pero tratándose de un producto asociado, como un *swap* de tipos de interés, sí podría acontecer cuando las liquidaciones positivas (cuyo importe debiera restituir el consumidor) fueran inferiores a las negativas (que deberían serle restituidas).

²³⁸ KAPNOPOULOU, op. cit., p. 152.

las cláusulas reprobadas²³⁹, al padecer un defecto estructural por indeterminación de su objeto²⁴⁰ o quedar desprovisto de causa²⁴¹, esto es, una *alteración sustancial de la esencia misma del contrato*. La corrección de esta hipótesis de nulidad total, que la LCGC (art. 9.2) identifica con la afectación de los elementos del art. 1261 CC (eventualidad que, no obstante, siempre se ha entendido muy excepcional por nuestra doctrina, dada la flexibilidad de los poderes integradores del juez²⁴², amplitud que actualmente no es tal, lo que llevaría a matizar esa consideración²⁴³), podría *deducirse* de la STJ *Kásler y Káslerné Rábai* y de las conclusiones del Abogado General WAHL en este asunto.

Y es que, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no ha explicitado las razones objetivas eventualmente invalidantes del íntegro contrato –buscando dejar tal cuestión a los legisladores nacionales, a quienes tan sólo ha dado directrices generales–, al revisar la negativa a la integración señalada en el aptdo. 73 de la St. *Banco Español de Crédito*, se pronunció a favor de determinado cauce integrador cuando, de no llevarse a cabo, la supresión de la cláusula abusiva comprometiera la aplicación subsiguiente del contrato (vid. St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 85), siendo el dato clave, al parecer de WAHL, el *carácter* que posea la cláusula controvertida en el sistema del contrato: si es accesorio, el contrato podría continuar ejecutándose sin la cláusula; si no lo es, su eliminación haría que este fuese imposible de ejecutar, tal sería el caso de que la cláusula formara parte del *objeto principal* del contrato²⁴⁴, esto es, que regulara una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza²⁴⁵.

B.III) Criterios adoptados por los instrumentos modernizadores

Aunque los arts. 6:306(2) ACQP y II.-9:408(2) DCFR no revelan *prima facie* cuál es el criterio que determina la posibilidad de subsistencia del contrato parcialmente afectado de abusividad (luego parcialmente ineficaz), limitando su tenor a prever la vinculación en lo restante si puede mantenerse –*razonablemente*, añade el DCFR– sin las

²³⁹ PFEIFFER, “Kommentierung”, op. cit., 2009, artículo 6, aptdo. 11, p. 3.

²⁴⁰ MONTICELLI, op. cit., 1997, p. 568; GENTILI, op. cit., 1997, p. 434.

²⁴¹ PAGADOR, op. cit., 1999, pp. 81 y 82.

²⁴² Por todos, ALFARO, op. cit., 1991, p. 463; PERDICES, op. cit., p. 530.

²⁴³ Las facultades moderadoras, que el art. 83 TRLCU dispensaba –ya no– al juez en su labor integradora, ayudaban a flexibilizar el poder integrador. Sobre el particular remitimos al epígrafe 3.2.2.C.I.

²⁴⁴ Vid. WAHL, op. cit., ptos. 97 y 98, este último en relación con pto. 62.

²⁴⁵ Según el significado dado por la St. *Kásler y Káslerné Rábai* (aptdo. 49) al concepto de “*objeto principal del contrato*” ex art. 4.2 Dir. 93/13, esto es, lo que sería un elemento esencial en sentido material, que no se identifica plenamente con el “objeto” ex art. 1261 CC, elemento esencial desde un punto de vista estrictamente formal (sobre esta distinción, no excluyente, vid. PLAZA PENADÉS, op. cit., p. 13), mas, desde ambos sentidos, la perturbación por eliminarse la cláusula afectará a la propia esencia del contrato.

cláusulas abusivas, sus comentarios oficiales arrojan luz sobre el particular. Coinciden ambos en señalar que el contrato desprovisto de tal clausulado puede ser mantenido *cuando el contenido remanente resulte jurídicamente posible*, lo cual acontecerá porque la cláusula aborde una cuestión no esencial o no precisa de una solución contractual, o porque haya una disposición –o una regla aplicable por defecto, añaden los comentaristas oficiales del DCFR– para llenar el vacío²⁴⁶.

Además, dichos comentarios recogen expresamente una hipótesis (deducible *a contrario sensu* de los casos antes expuestos) de desvinculación plena, cual es que la cláusula suprimida sea *esencial* para el contrato. Concretan esto los comentaristas oficiales del art. 6:306 ACQP poniendo el ejemplo de que tal cláusula defina *el objeto principal o el precio*, y argumentan que, como generalmente no hay disposiciones legales que definan esos aspectos del contrato, este no podrá mantenerse sin tales cláusulas esenciales²⁴⁷. Los del art. II.-9:408 DCFR señalan, como imposible mantenimiento contractual, que la cláusula sea esencial y no pueda suplirse mediante normas o disposiciones²⁴⁸.

Así, la regla del art. II.-9:408(2) DCFR, aparentemente más suave –por sentar el carácter *razonable* del mantenimiento para que este prospere– que la del art. 6:306(2) ACQP, no queda tan por debajo en intensidad práctica si se interpreta, de acuerdo con su exégesis oficial, en el sentido de que no será razonable conservar el contrato cuando la depuración se lleve por delante una cláusula esencial cuyo vacío no pueda colmarse. La nota de razonabilidad para evaluar la viabilidad del contrato depurado de cláusulas abusivas está presente asimismo en art. 77.2 FS, perdiéndose sin embargo en art. 80.2 FS rev. (*“Where the contract can be maintained without the unfair contract term, the other contract terms remain binding”*), cuyo tenor pasó tal cual al art. 79.2 CESL. Al respecto se ha dicho que la exclusión de la palabra “razonable” en este precepto de la CESL responde al deseo de preservar la visión más estricta de la Dir. 93/13²⁴⁹.

La razonabilidad, como idea rectora para afianzar el contrato remanente o bien descartar la continuación de su vigencia, es recurrente en el DCFR. No sólo se encuentra en el art. II.-9:408(2), sino también en los arts. II.-7:213 y II.-1:108. Este último

²⁴⁶ Añadiendo los comentaristas oficiales del art. 6:306 ACQP que no es necesario –para el mantenimiento– que ambas partes hubieran celebrado el contrato sin la cláusula en cuestión. PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:306”, 2007, p. 252, 2009, p. 337; DCFR, *Full Edition*, “II.-9:408”, p. 656.

²⁴⁷ PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:306”, 2007, p. 252, 2009, p. 337.

²⁴⁸ DCFR, *Full Edition*, “II.-9:408”, p. 656.

²⁴⁹ MARTHINUSSEN, op. cit., p. 103.

establece una regla de aplicación general a todos los contratos y demás actos jurídicos, mediante la cual se pretende conservar las relaciones contractuales en la medida de lo posible, estableciendo que si una parte del contrato o acto es inválida o ineficaz, el resto se mantendrá, si resulta razonable conservarlo sin esa parte. No hay en los ACQP disposición semejante, concentrando el efecto de desvinculación parcial en sede de cláusulas abusivas, donde no serán aplicables –se advierte²⁵⁰– las normas de Derecho contractual general, según el cual puede ser totalmente nulo el contrato si una parte del mismo es nula o no vinculante.

El comentario oficial del art. II.-1:108 DCFR señala, por un lado, las situaciones en que la regla de invalidez o ineficacia parcial (*“partial invalidity or ineffectiveness”* reza su enunciado) puede resultar operativa como, por ejemplo, *cuando una cláusula infrinja las reglas sobre cláusulas abusivas* –por ser esta cláusula ineficaz–, un principio fundamental aplicable –por ser entonces nula– o una regla imperativa que prevea que tal cláusula es nula, inválida o ineficaz, o cuando, tratándose de un contrato mixto (ex art. II.-1:107 DCFR), no se haya cumplido con un requisito formal necesario para su validez –ergo contrato con una parte inválida–²⁵¹. Por otro lado, en tanto que se hace depender el mantenimiento de un juicio de razonabilidad, ofrece pautas (las mismas señaladas, por cierto, en el comentario oficial del art. 15:103 PECL²⁵², regulador de la *“partial ineffectiveness”*²⁵³) que podrían tenerse en cuenta para tal evaluación: que la parte restante perdure o no de forma independiente sin la parte invalidada (lo cual se ha interpretado como que el resto del contrato tenga los *elementos esenciales* para

²⁵⁰ PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:306”, 2007, p. 251, 2009, p. 336.

²⁵¹ DCFR, *Full Edition*, “II.-1:108”, p. 158. Nótese los distintos términos usados: nulo (*void*), ineficaz/ineficacia (*ineffective/ineffectiveness*), inválido/invalidez (*invalid/invalidity*). En el DCFR se nota un esfuerzo por aclarar la terminología empleada; así, su Anexo de Definiciones recoge lo que se entiende, en relación con un acto o relación jurídica, por “nulo” (*“Void”...means that the act or relationship is automatically of no effect from the beginning*»), “anulable” (*“Voidable”...means that the act or relationship is subject to a defect which renders it liable to be avoided and hence rendered retrospectively of no effect*»), “anulación” (*“Avoidance”...is the process whereby a party or, as the case may be, a court invokes a ground of invalidity so as to make the act or relationship, which has been valid until that point, retrospectively ineffective from the beginning*»), “ineficaz” (*“Ineffective”...means having no effect, whether that state of affairs is temporary or permanent, general or restricted*») e “inválido” (*“Invalid”...means that the act or relationship is void or has been avoided*»).

²⁵² Vid. LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, op. cit., p. 221.

²⁵³ No es casual, por tanto, que entre las situaciones, indicadas vía comentario oficial ex art. II.-1:108 DCFR, en que la invalidez o ineficacia parcial puede resultar aplicable, se encuentren la infracción de principios fundamentales o reglas imperativas, pues esto mismo prevé el propio tenor del art. 15:103 PECL para la ineficacia parcial al referirse a los arts. 15:101 y 15:102 PECL, reguladores, respectivamente, de los contratos contrarios a los principios fundamentales y de aquellos que violen reglas imperativas. Al respecto, vid. INFANTE RUIZ, F.J./OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, en *InDret*, 3/2009 (www.indret.com).

continuar siendo válido y eficaz²⁵⁴); si las partes hubieran acordado un contrato solamente con el contenido remanente; y el efecto que la invalidez parcial tenga sobre el equilibrio de las respectivas obligaciones de las partes²⁵⁵.

Como vemos, acudiendo a la exégesis oficial del precepto aplicable con carácter general (art. II.-1:108), ese carácter razonable puede atender a un criterio objetivo, bien total (que la parte afectada sea o no esencial para la validez y eficacia del contrato), bien matizado (la situación equitativa o no en la posición de las partes), pero también a un criterio cuasi-subjetivo (la supuesta voluntad de las partes objetivada sobre la base de los datos existentes). Incluso se ha apuntado uno –que podría calificarse como puramente subjetivo– en que las partes deciden el destino del contrato parcialmente inválido o ineficaz, trayendo a colación los preceptos reguladores de la “anulación” por vicios del consentimiento, en el sentido de que, al prever el art. II.-7:209 DCFR que dicha anulación opere vía notificación *inter partes*, parece –se ha dicho– que quedará en manos de las partes si afecta a todo o parte del contrato, y que si la cuestión acabara en los tribunales, la carga de la prueba de que sería irrazonable la conservación recaerá en la parte que niegue su conveniencia²⁵⁶, *onus probandi* señalado en el comentario al art. II.-7:213 DCFR, también presente en el propio del art. 4:116 PECL²⁵⁷, lo cual no extraña pues aquel precepto es trasunto de este último, y este a su vez del art. 3.16 PICC, dedicados los tres a la “anulación parcial” (*partial avoidance*)²⁵⁸.

En nuestra opinión, el hecho de que el DCFR regule de forma general la invalidez o ineficacia parcial (art. II.-1:108), y de forma específica la “anulación parcial” (art. II.-7:213) y la desvinculación parcial (art. II.-9:408) no supone, como se ha dicho,

²⁵⁴ GIMÉNEZ COSTA, “II.-1:108”, op. cit., p. 112.

²⁵⁵ DCFR, *Full Edition*, “II.-1:108”, p. 158.

²⁵⁶ Así lo entiende GIMÉNEZ COSTA (op. ult. loc. cit.) en su análisis del art. II.-1:108 DCFR trayendo a colación, expresamente, el art. II.-7:209, y, sin mencionarlo, el art. II.-7:213 (cuyo comentario oficial en efecto señala ese “onus probandi”, DCFR, *Full Edition*, “II.-7:213”, p. 527), además de la idea general que preside la regulación del DCFR, cual es la primacía del acuerdo de voluntades y la libertad contractual.

²⁵⁷ *Principios, Partes I y II*, “Art. 4:116 – Comentario”, p. 405.

²⁵⁸ Dispone el art. 3.16 PICC “Where a ground of avoidance affects only individual terms of the contract, the effect of avoidance is limited to those terms unless, having regard to the circumstances, it is unreasonable to uphold the remaining contract”, redacción prácticamente idéntica se contiene en art. 4:116 PECL (“If a ground of avoidance affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract”) y en art. II.-7:123 DCFR (“If a ground of avoidance under this Section affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract”), este último en sede específica de “Vitiating consent or intention” (Book II, Chapter 7, Section 2, arts. II.-7:201-216) y, por ende, la anulación parcial en él prevista se centra en los contratos viciados.

una repetición sin demasiada justificación²⁵⁹. Consideramos que lo que ha pretendido el DCFR es establecer una norma marco, de cuya exégesis pueda extraerse material aplicable a distintas hipótesis de afectación negocial, señaladamente vicios del consentimiento y clausulado abusivo, pero no como un todo indistinto (de hecho corresponderá al intérprete diferenciar lo que se adecúe a cada hipótesis), porque distintas son las situaciones y su eventual corrección.

En efecto, no es lo mismo una contratación donde se parte de una abstracta igualdad de posiciones que otra donde existe ya de inicio un contratante débil (adherente); si en el primer caso acontece vicio de la voluntad, el contrato será parcialmente anulable, si en el segundo concurren cláusulas abusivas, habrá una desvinculación contractual parcial, ambos resultados sin necesidad de intervención judicial, mas para el primero se requiere notificación que en cambio no se precisa para el segundo, y mientras que para la conservación del primer contrato –en su parte no afectada– puede tener valor el que las partes hubieran contratado aun con el contenido remanente, para el destino del segundo carecerá de valor la alegación de que el contrato no se hubiera celebrado sin la parte afectada²⁶⁰. A nuestro entender, la regla del art. II.-9:408 es consecuentemente más estricta que la del art. II.-7:213 (cuyo régimen siguen los arts. 52.2 FS y 54.2 CESL), cuyo comentario oficial reproduce literalmente el del art. 4:116 PECL.

Por último, respecto al instrumento modernizador puramente nacional, la PMCC, el criterio seguido en caso de cláusulas abusivas para excepcionar la regla de nulidad parcial (*ex* art. 1263.1.I) es que “las cláusulas subsistentes determinen una situación inequitativa para una de las partes” (art. 1263.1.II, con carácter rígido: “Sólo cuando...”). Aquí podríamos reproducir el reproche que hicimos *supra* sobre el TRLCU –antes de modificarse su art. 83 por Ley 3/2014, eliminando ese mismo criterio–, si no fuera por el hecho de que no estamos, en el caso de la PMCC, ante una regulación protectora del consumidor, de hecho para los contratos B2C se remite expresamente (art. 1262.5) a la legislación especial²⁶¹.

²⁵⁹ GIMÉNEZ COSTA, “II.-1:108”, *op. cit.*, p. 111.

²⁶⁰ Tanto es así que vía comentario oficial del art. II.-9:408 se señala que, contra el efecto vinculante del resto de contrato, no constituye defensa para el predisponente que el contrato, en los términos remanentes, no le resulte ya propicio (DCFR, *Full Edition*, “II.-9:408”, p. 656). Los comentaristas oficiales del art. 6:306 ACQP se muestran en este punto más contundentes, al desechar expresamente, como necesario criterio conservativo, la hipótesis de una eventual contratación por las partes sin la cláusula en cuestión (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:306”, 2007, p. 252, 2009, p. 337).

²⁶¹ Vid. *supra* n. 150.

C) Reglamentación sustitutiva

La consideración de abusividad sobre una determinada cláusula supondrá su desaparición de la *lex contractus*, y una vez verificada la sanción de ineficacia parcial del contrato se plantea la cuestión de si es precisa una labor judicial de readaptación, esto es, si la parte suprimida cicatriza sin más o si genera una laguna contractual que haya de cubrirse.

El legislador español parece presuponer esto último dado que se ordena la integración de la parte afectada por la nulidad y ello conforme al art. 1258 CC; así lo dispone el art. 10.2 LCGC y así lo disponía el art. 83 TRLCU, que además confería *facultades moderadoras “respecto de los derechos y obligaciones de las partes”* al juez “a estos efectos”, básicamente a fin de subsanar la eventual situación inequitativa en la posición de las partes que pudiera arrojar la continuidad del contrato, de manera que la facultad moderadora se imbricaba en la obligatoria actividad integradora, dotándola de flexibilidad en *pro* de evitar la nulidad total a que daba lugar una situación inequitativa insubsanable (criterio legal sobre subsistencia contractual hasta la Ley 3/2014). De esta labor judicial resultaba una regulación negocial que venía a sustituir a la contenida en la cláusula reprobada.

Ahora bien, el aparente automatismo –a la vista de la fórmula legislativa– de buscar y hallar una regla negocial (vía integración con moderación) para el aspecto que trataba la correspondiente cláusula es negado por la realidad práctica, pues no siempre habrá una efectiva necesidad de proveer al conflicto de las partes. Y es que a veces bastará con tener a la cláusula por no puesta sin más –sin necesidad de sustituir nada–, liberando al consumidor de la obligación o prestación abusivamente impuesta²⁶².

En el otro extremo está el legislador comunitario, que en la Dir. 93/13 omite toda referencia a la integración, lo que podría interpretarse como un silencio excluyente²⁶³, en cuyo caso la viabilidad del contrato –desprovisto de clausulado abusivo– no dependería de una actividad integradora cuyo resultado fuese decisivo de

²⁶² Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (“Artículo 83”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [coord.], *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 990 y n. 114), poniendo como ejemplo los supuestos del art. 89.3-5 TRLCU y los casos en que la cláusula afecta a la transparencia de los elementos esenciales; BLANDINO (op. cit., 2011, p. 282 y n. 189), señalando el criterio seguido por SSTs 3.6.2008 y 17.3.2010; MIRANDA/PAGADOR (op. cit., 2013), indican casos en que la cláusula regule de manera intransparente los elementos esenciales o puntos respecto de los que ha habido acuerdos individuales o respecto de lo que el adherente se ha forjado expectativas legítimas y razonables que no pueden verse defraudadas por cláusulas predispuestas.

²⁶³ Tesis defendida por TRSTENJAK, *Conclusiones en el Asunto C-618/10*, op. cit., 2012, ptos. 84 y 85.

la continuación de aquel; o por el contrario, como una exigencia natural del mandato dirigido a los Estados miembros de introducir en sus ordenamientos internos la regla de nulidad parcial coactiva²⁶⁴, entendiéndose que el legislador comunitario trató de referirse, mediante la fórmula atécnica empleada en el art. 6.1 *in fine*, a los supuestos en que la integración del contrato no resultara posible²⁶⁵.

Ha sido el Tribunal de Justicia el que ha venido a aclarar esta cuestión, si bien de forma progresiva, con una resolución que puso en jaque al común entendimiento sobre la materia y cuyo impacto fue notable en la normativa española (hasta el punto de reformarse el art. 83 TRLCU), pareciendo sentar una doctrina que, a pesar de ser acogida en otras sentencias, fue matizada ulteriormente. Sobre esto trataremos en los epígrafes que siguen, sin hacer esta vez referencia a los instrumentos modernizadores europeos pues nada contemplan sobre el particular, cosa que sí hace en cambio la PMCC, que en su art. 1263.1 –antes reseñado– ordena integrar el contrato, a resultas de la nulidad por abusividad, conforme al art. 1243, réplica del actual art. 1258 CC en cuanto a las normas de heterointegración, por tanto, lo que diremos respecto al vigente es predicable de ese otro propuesto.

C.I) Integración y moderación vedadas por la jurisprudencia comunitaria.

Consideraciones al respecto

En la St. *Banco Español de Crédito*, el TJ examinó, además del control de oficio en sede de monitorio –conforme antes vimos–, el tratamiento que había de dispensarse a una cláusula abusiva en materia de interés moratorio. Este había sido fijado por una de las condiciones generales del contrato (de crédito al consumo) en un 29%, de suerte que el juez que conocía de la demanda de juicio monitorio, instada por el acreedor, Banesto (que dio por vencido anticipadamente el contrato ante el impago de cuotas de amortización), declaró de oficio la nulidad de dicha cláusula por abusiva y fijó el interés de demora en un 19%, requiriendo a Banesto a fin de que recalculara el importe de los intereses para el período en cuestión. Este fue el fallo del AJPI nº 2 Sabadell, de 21.1.2010, que fue recurrido por la entidad crediticia ante la AP Barcelona, cuya Secc. 14^a planteó al TJ, por Auto de 29.11.2010, una serie de cuestiones prejudiciales.

²⁶⁴ Entienden MIRANDA/PAGADOR (op. cit.) que, pese a no utilizar el art. 6.1 expresamente la palabra “integración”, ese mandato exige naturalmente que, en ausencia de la regla contenida en la cláusula predisuelta ineficaz, el ordenamiento interno determine cuál sea la regla que la sustituya, esto es, que establezca mecanismos de integración adaptados a las peculiares circunstancias en que se produce la contratación mediante el empleo de cláusulas predispueltas unilateralmente por el empresario.

²⁶⁵ PAGADOR, op. cit., 1999, p. 81.

En lo que ahora interesa²⁶⁶, la segunda de dichas cuestiones rezaba así: “A la luz del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y art. 2 de la Directiva 2009/22/CE²⁶⁷, ¿cómo debe interpretarse de manera conforme el art. 83 del Real Decreto Legislativo núm. 1/2007 a tales efectos? ¿Qué alcance tiene, a estos efectos, el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor»?”.

Desechando pronunciarse sobre el art. 2 Dir. 2009/22²⁶⁸, el TJ consideró que la cuestión debía entenderse en el sentido de que pedía que se dilucidara si el art. 6.1 Dir. 93/13 se oponía al art. 83 TRLCU, “que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”²⁶⁹. Para ello, de acuerdo con la doctrina aplicable cuando se trata de interpretar una disposición comunitaria²⁷⁰, se consideró tanto el tenor literal como la finalidad de la norma, siguiendo el análisis que había realizado la Abogada General TRSTENJAK a fin de aclarar si el órgano judicial estaba facultado “en vista de la consecuencia jurídica de que la cláusula contractual abusiva no vinculará al consumidor, prevista en el referido precepto de la Directiva, para sustituir una cláusula contractual cuyo carácter abusivo ya se ha comprobado por otra que no lo sea”²⁷¹.

Así, hacía constar TRSTENJAK que la Dir. 93/13 no prevé expresamente ni una *sustitución* de las cláusulas abusivas ni la facultad judicial correspondiente para hacerlo, por contra, su art. 6.1 se limita a establecer la consecuencia jurídica de que tales cláusulas no vincularán al consumidor²⁷², previendo el legislador comunitario –esta vez sí de forma explícita–, tanto en dicho precepto como en el vigésimo considerando de la Directiva, que el contrato seguirá siendo obligatorio “en los mismos términos”; por tanto, la norma habría de entenderse en el sentido de que aquel, una vez

²⁶⁶ Sobre la primera de las cuestiones planteadas, relativa a la posibilidad de examinar de oficio el carácter abusivo en sede de monitorio, remitimos al análisis que hicimos *supra* en epígrafe 3.1.1.B).

²⁶⁷ “Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores”, en DO L 110, de 1.5.2009, pp. 30-36; en adelante, Dir. 2009/22.

²⁶⁸ El litigio principal se ventilaba en el marco de un proceso monitorio iniciado a instancia de una de las partes contratantes y no en el contexto de una acción de cesación ejercitada por una “entidad habilitada” en el sentido del art. 3 de la Dir. 2009/22; por tanto, en la medida que tal Directiva no resultaba aplicable a dicho litigio, mantuvo el TJ que no procedía pronunciarse sobre el art. 2 de la misma.

²⁶⁹ St. *Banco Español de Crédito*, aptdos. 58-60.

²⁷⁰ Que no debe interpretarse exclusivamente de manera literal, sino también tomando en consideración la lógica interna y los objetivos del sistema del que forma parte (SSTJ 11.12.2003, *Hässle*, C-127/00, aptdo. 55; 3.9.2009, *AHP Manufacturing*, C-482/07, aptdo. 27; 8.12.2011, *Merck Sharp & Dohme*, C-125/10, aptdo. 29).

²⁷¹ TRSTENJAK, op. ult. cit., pto. 82.

²⁷² Lo cual había sido apuntado por KAPNOPOULOU, op. cit., p. 151.

eliminadas las cláusulas abusivas, debe subsistir con las cláusulas restantes en los mismos términos, siempre que ello sea jurídicamente posible, “lo cual conceptualmente ya excluye toda sustitución de cláusulas o integración del contrato”²⁷³.

Acogiendo este argumento basado en la literalidad de la norma, el Tribunal de Justicia señala que, de la letra del art. 6.1, resulta que *el juez nacional debe únicamente dejar sin aplicación la cláusula controvertida, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma*, de manera que “el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, *sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas*, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”.

Tal interpretación, recogida en la St. *Banco Español de Crédito* (aptdo. 65) –y reiterada en St. *Asbeek Brusse y de Man Garabito* (aptdo. 57) y St. *Unicaja Banco y Caixabank* (aptdo. 28)–, vendría además confirmada, según el Tribunal de Justicia, por la finalidad y la sistemática de la Dir. 93/13²⁷⁴. Y es que, según la jurisprudencia comunitaria, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la UE, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de esta²⁷⁵, siendo uno de sus objetivos el poner fin al uso de cláusulas abusivas en las operaciones comerciales (así se desprende de art. 7.1 y vigesimocuarto considerando), objetivo para cuya logro la Directiva se sirve, como ha reconocido expresamente el TJ²⁷⁶, del “efecto disuasorio” que tiene sobre los profesionales el examen judicial del carácter abusivo²⁷⁷.

Señala la St. *Banco Español de Crédito*, siguiendo a TRSTENJAK (como consta en aptdo. 69), que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución de aquel objetivo, dado que dicha facultad “contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores”, pues “los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario,

²⁷³ TRSTENJAK, op. ult. cit., ptos. 84 y 85.

²⁷⁴ St. *Banco Español de Crédito*, aptdos. 66-68.

²⁷⁵ SSTJ *Mostaza Claro*, aptdo. 37; *Pannon GSM*, aptdo. 26; *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 51.

²⁷⁶ SSTJ *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 28; *Cofidis*, aptdo. 32; *Mostaza Claro*, aptdo. 27; *Auto Pohotovost'*, aptdo. 41.

²⁷⁷ TRSTENJAK, op. ult. cit., pto. 86.

garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”²⁷⁸ (argumento reiterado en SSTJ *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdo. 58; *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 79; *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 31). Añade el TJ que aunque se reconociese al juez nacional tal facultad, esta no garantizaría al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas, de ahí que esa facultad tampoco podría fundamentarse en el art. 8 Dir. 93/13²⁷⁹.

Por todo ello concluye el TJ que el art. 6.1 Dir. 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en caso de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva, que tal juez modifique su contenido, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor, y en consecuencia que tal precepto se opone a una norma nacional como la del art. 83 TRLCU, que atribuye al juez, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva, la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula (*St. Banco Español de Crédito*, aptdos. 71 y 73).

Con independencia de los –mejorables– términos empleados por el Tribunal de Justicia, la idea parecía nítida: la intervención del juez acababa al declarar la nulidad por abusividad, nada más debía hacer, ninguna reglamentación habría de fijarse (por el método que fuese) en sustitución de la contenida en la cláusula reprobada, erradicándose esta sin más.

La alarma cundió en la doctrina científica²⁸⁰, máxime cuando se evidenció que esta línea comunitaria continuaba en la *St. Asbeek Brusse y de Man Garabito*, donde el TJ,

²⁷⁸ La Abogada General da una explicación más prolija (ib., pto. 88): señala que la integración, por vía de sustitución de las cláusulas abusivas correspondientes por otras, hace que se reduzcan considerablemente los riesgos para el profesional derivados del empleo de tales cláusulas, pues frente al temor que le supone seguir vinculado a un contrato que pudiera resultarle más desfavorable, esa integración haría que las condiciones contractuales se adapten a una situación conforme a la ley y, por ende, aceptable para él, pero también en los supuestos en que el carácter abusivo pudiera provocar una ineficacia total del contrato puede aquel confiar en que, pese a todo, el contrato conservará su eficacia, lo que, en determinadas circunstancias, puede no redundar en interés del consumidor; la perspectiva de que se acaben subsanando las causas de ineficacia de un contrato y la previsibilidad de los riesgos para el profesional podrían tener el efecto inverso al deseado por el legislador comunitario, es más, podrían incitar al profesional a “probar suerte” e incluir el mayor número posible de cláusulas abusivas, porque nada tendría que perder; ejemplos todos ellos que demostrarían que “la posibilidad de que el juez lleve a cabo una integración del contrato a posteriori no sólo suavizaría el efecto disuasorio que dimana del artículo 6 de la Directiva, sino que incluso produciría el efecto contrario”, frustrándose con ello los objetivos de dicha Directiva.

²⁷⁹ *St. Banco Español de Crédito*, aptdo. 70.

²⁸⁰ Entre nosotros, por todos, MIRANDA/PAGADOR, op. cit.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La arriesgada vida de una Abogado General: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93”, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com>, 15.2.2012. En Italia, ALESSI, op. cit., pp. 398 y 399; D'ADDA, A., “Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una

al analizar (además del control de oficio en apelación, según antes vimos) la posibilidad de moderación de una cláusula penal considerada abusiva, usó los mismos argumentos empleados en la St. *Banco Español de Crédito*²⁸¹, para concluir que el art. 6.1 Dir. 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula²⁸².

Esta jurisprudencia puso en jaque (mate con la Ley 3/2014) la integración que mandaba el art. 83 TRLCU y la facultad de moderar que tal precepto dispensaba en aras de reconstruir *equitativamente* –en la posición de *ambas* partes– el contrato afectado parcialmente de abusividad. Mas lo cierto es que el problema radicaba en lo segundo y no tanto en lo primero, mejor dicho, radicaba en que, en la labor integradora, se caía habitualmente en el mecanicismo consistente en moderar la reglamentación conforme a un canon, utilizado a su vez como oficioso parámetro de referencia de lo equitativo y lo abusivo. Tal canon era, tratándose de intereses moratorios en la contratación con consumidores, frecuentemente el art. 19.4 LCC (actual art. 20.4 LCCC), esto es, 2'5 veces el interés legal del dinero; de modo que fue práctica extendida la de considerar directamente abusiva la cláusula que fijara un interés superior –y aún peor, descartar, sin más indagación, la eventual abusividad de la que estableciera uno inferior–, en cuyo caso el remedio consistía en reducir el interés al tope supuestamente no abusivo.

Haciendo, por tanto, dejación de la labor integradora ordenada con arreglo al art. 1258 CC, esto es, tratándose de la recomposición de un contrato con cláusulas abusivas, conforme al Derecho *dispositivo*²⁸³, se acudía realmente a un instrumento

disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva”, en *Diritto Civile Contemporaneo*, 1/2014 (<http://dirittocivilecontemporaneo.com>); vid. el amplio estudio crítico de D'ADDA en “Giurisprudenza comunitaria e 'massimo effetto utile per il consumatore': nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto”, *I Contratti*, 2/2013 pp. 16-31.

²⁸¹ Esto es, por un lado, *literalidad del art. 6.1 Dir. 93/13*, de donde se deduce que el juez debe únicamente dejar inaplicable las cláusulas abusivas, no estando facultado para modificar su contenido, de suerte que el contrato subsiste sin más alteración que la resultante de suprimirlas, solución confirmada, por otro lado, por la *finalidad de la Directiva*, pues dicha facultad mermaría el efecto disuasorio buscado, peligrando así el objetivo de que cese el uso de clausulado abusivo (St. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdos. 57 y 58, que siguen explícitamente a los aptdos. 65-69 de la St. *Banco Español de Crédito*).

²⁸² St. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdo. 60, que reformula lo dicho en aptdo. 59: el art. 6.1 Dir. 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación de dicha cláusula.

²⁸³ Que en su función integradora procede de varias fuentes: ley, costumbre y principios generales, o en términos del art. 1258 CC, ley, usos y buena fe, que son los elementos previstos para construir la regla que venga a cubrir la eventual laguna contractual. La ley en principio, tanto imperativa como dispositiva, mas en el supuesto de cláusulas abusivas sólo esta última, pues las normas, tanto del TRLCU como de la LCGC, que prohíben los pactos abusivos se limitan a excluirlos del resto del contenido contractual que se

alternativo, la “interpretación integradora”²⁸⁴, en concreto al expediente de la *reducción conservadora de la validez*²⁸⁵, que desvirtuado en la práctica se traducían en que el juez rebajaba la cláusula al umbral en que no fuera (a su criterio, anclado a una referencia legal aún por analogía) abusiva sin mayores consideraciones²⁸⁶, y ello bajo el tácito amparo de la amplia facultad moderadora que dispensaba el art. 83 TRLCU y que flexibilizaba los poderes integradores del juez.

Ahora bien, que se llegara a consolidar esa tendencia no significa que fuera correcta, pues una cosa es que el juez estuviera facultado para readaptar el contrato con moderación y otra bien distinta es que pudiera hacerlo prescindiendo del cauce integrador ordenado por el legislador. Esto es, precisamente, lo que ocurrió en el caso que dio lugar a la *St. Banco Español de Crédito*. Si impropio ya resultaba acudir, con fin sustitutivo, a una norma legal que no fuera Derecho supletorio (habitual recurso a la aplicación analógica del art. 19.4 LCC²⁸⁷, y por tanto reducir el interés moratorio a 2’5 veces el interés legal), lo que hizo el juez español fue colmar la supuesta laguna fijando un interés en el tipo que *entendió admisible legalmente*, sin aplicar, como debiera haber hecho, la regla legal supletoria (art. 1.108 CC, *ergo* interés legal del dinero), esto es, la

mantendrá válido, sin establecer una regulación sustitutiva de la parte ineficaz (de hacerlo –caso de *normas imperativas sustitutivas*, como las denomina ALFARO, op. cit., 1991, p. 337–, la norma infringida se aplicaría de forma inmediata, no existiendo en puridad una laguna que debiera ser integrada, pues la regulación aplicable vendría dada de antemano, como indica GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., p. 61), y de hecho remiten para la integración a los criterios previstos en el art. 1258 CC, así, BLANDINO (op. cit., 2011, pp. 280-281) señalando, con cita a VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (*Ilícitud contractual*, Valencia, 2002, p. 440), que se habla entonces de ley imperativa –prohibitiva– de eficacia meramente supresiva y de “nulidad parcial eliminadora”, como la nulidad que puede desencadenar la infracción de este tipo de normas.

²⁸⁴ Figura originaria de Alemania, construida y desarrollada por la doctrina germana con apoyo en el § 157 BGB, por la que se entiende aquella integración de lagunas contractuales que tiene lugar obteniendo la regulación cobertora mediante una interpretación del contrato en su conjunto, donde el juez realiza una valoración equilibrada de los intereses de las partes desde la posición de estas y no –como ocurre en caso de integración *stricto sensu*– desde la posición del legislador (ALFARO, op. cit., 1991, pp. 374-375 y p. 384).

²⁸⁵ Lo que la doctrina alemana llama *geltungserhaltende Reduktion*. Para un detallado estudio de esta figura y análisis sobre su prohibición, vid. BONIN, B., “Geltungserhaltende Reduktion”, en DÄUBLER, W./BONIN, B./DEINERT, O., *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, Munich, 2014, pp. 138-141, especialmente apdos. 15-17.

²⁸⁶ En teoría dicha reducción consiste en una labor de interpretación que suple, de acuerdo con la voluntad de las partes (de ahí que se considere un supuesto de “interpretación integradora”; por todos, ALFARO, op. ult. cit., pp. 356 y 423, PERDICES, op. cit., p. 539), la regulación establecida en el contrato por otra cualitativamente análoga, sólo que alterada en cuanto a su extensión o cantidad para su ajuste con la norma infringida (PERDICES, ib.). En la práctica, la técnica reductiva no obedecía a tales consideraciones, de hecho si el juez fundamentara en ellas habría de reconocer que no integraba por el cauce legalmente ordenado (esto es, prescindiendo de la voluntad de las partes, readaptar el contrato a partir de la ley, los usos y la buena fe); dicha técnica respondía a una tendencia que operaba de forma mecánica, tolerada bajo el pretexto de las facultades moderadoras del juez.

²⁸⁷ Que fijaba, como sigue haciéndolo el vigente art. 20.4 LCCC, no el interés a pagar, sino los intereses máximos en descubiertos en cuenta sobre la que se concede un crédito al consumo.

aplicable en defecto de pacto al respecto, sino, como decía el Auto de remisión, siguiendo “un proceso ignoto y arcano”²⁸⁸, claro ejemplo de la perversión que alcanzó la práctica judicial reductiva.

TRSTENJAK tomó referencia de la actuación del juez español y entendió que a ello le facultaba el art. 83 TRLCU, identificando la integración ahí prevista con la técnica reductiva. Así se deduce de sus conclusiones²⁸⁹, donde señala, con cita a PFEIFFER²⁹⁰, la “reducción que preserve la validez” como incompatible con la Dir. 93/13, lo cual es cierto pero no deja de serlo también que una correcta interpretación interna lleva a excluir dicha reducción, pues no cabe colmar la eventual laguna contractual, por mucha facultad moderadora que flexibilizara el poder integrador, con lo que las partes hubieran aceptado hipotéticamente más allá del propio Derecho dispositivo aunque este “más allá” fuera admisible en Derecho²⁹¹. De hecho, nuestra doctrina científica ya había apuntado la inadmisibilidad de la reducción conservadora en el ámbito de las condiciones generales²⁹² y derecho de consumo²⁹³.

La cuestión que realmente subyace es la utilización de la parte del contrato declarada ineficaz a la hora de integrar, lo cual sería factible si se tratara de cláusulas genuinamente consentidas²⁹⁴ pero no en caso de cláusulas predispuestas por el profesional e impuestas al consumidor, pues estas no pueden considerarse expresión de la voluntad común de los contratantes, y por ende el juez no puede usarlas para integrar ni limitarse a recortarlas en la medida en que sean abusivas y admitirlas en

²⁸⁸ En el AAP Barcelona ya referido se recogen elementos del caso que no aparecen –ni parecen haberse tenido en cuenta– en las conclusiones de TRSTENJAK ni en la propia St. *Banco Español de Crédito*. Así, el Auto explica, por un lado [AH 1º], que la resolución recurrida (AJPI nº 2 Sabadell) dice usar como parámetro de abusividad el límite del art. 19.4 LCC, los intereses Euribor y del BCE, recogiendo los tipos de interés legal del dinero y legal moratorio de las leyes de presupuestos de 1990 a 2008 –esto último sí se refleja en la STJ– “y fija el interés moratorio en el 19% *atendiendo a lo dicho y al art. 576 LEC*”; por otro [F] 1º], que el juez *a quo*, al integrar, fija el interés de demora “en un cálculo que sigue un proceso ignoto y arcano”, que no responde a una media, ni a incrementar en 2 ptos. ninguno de los intereses manejados (argumento *ex art. 576 LEC*), ni en 2’5 veces el interés legal del dinero (argumento *ex art. 19.4 LCC*).

²⁸⁹ TRSTENJAK, op. ult. cit., pto. 89 y nota 105.

²⁹⁰ “Kommentierung...”, op. cit., 2009, aptdo. 7, p. 2.

²⁹¹ CARRASCO, op. cit., 2007, p. 190.

²⁹² Desde una concepción declarativa de estas, ALFARO, op. cit., 1991, pp. 435-436; desde una posición contractualista, PERDICES, op. cit., pp. 539-542. En cambio ZARAZÁ (op. cit., 1994, pp. 41 y 42) afirma la admisibilidad en ciertos casos de la reducción conservadora de la validez de las condiciones generales.

²⁹³ Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 83”, op. cit., 2009, pp. 991-993.

²⁹⁴ En tal supuesto es obvio que los acuerdos que resultaran nulos reflejan la voluntad de las partes, de modo que podrían servir para determinar la reglamentación sustitutiva.

cuanto no lo sean²⁹⁵; ello sería tanto como sostener que una cláusula abusiva es nula pero sólo *parcialmente*²⁹⁶, lo que atenta contra la nulidad de protección del adherente-consumidor²⁹⁷ y ni la Dir. 93/13 ni nuestra normativa prevén otra cosa que no sea la ineficacia integral de dicha cláusula. Acierta, por tanto, TRSTENJAK al advertir el perverso efecto incentivador del abuso que puede producir la reducción (lo cual no constituye ninguna novedad entre nosotros²⁹⁸), pero yerra al hacer una asimilación indiscriminada con toda labor integradora, y al seguirla el Tribunal de Justicia, se inició una doctrina comunitaria que, interpretada literalmente, puede ser contraproducente.

En efecto, si bien con las SSTJ *Banco Español de Crédito y Asbeek Brusse y de Man Garabito* quedó confirmada la prohibición de reducción –de cláusulas “excesivas”, penales o de intereses moratorios– en los contratos de consumo²⁹⁹ (efecto positivo), al sentar, sin aparentes matices, que el juez ha de excluir *pura y simplemente* la aplicación de cláusulas abusivas, quedaría impedida la integración –y con ella, sí por fortuna, la moderación *ex art. 83 TRLCU*³⁰⁰– aun en los casos en que fuera necesaria para evitar una total nulidad del contrato que resultara nociva para el consumidor (efecto negativo). El problema es que el legislador español, al afrontar la reforma del art. 83 TRLCU –bajo la Ley 3/2014– acogió literalmente esa doctrina del TJ, erradicando toda integración y moderación, cuando hubiera bastado (*a priori*, salvedad hecha de lo que diremos en el siguiente epígrafe) con eliminar esta última –o por lo menos en los términos en que se admitía– y puntualizar que las cláusulas declaradas abusivas no podrían ser utilizadas en la labor integradora³⁰¹.

²⁹⁵ MIRANDA/PAGADOR (op. cit.), indicando que el TJ confundió la integración (imprescindible) con el uso de las cláusulas declaradas abusivas como instrumento de integración contractual (inadmisible).

²⁹⁶ Para ALFARO (op. ult. cit., p. 403) no existe distinción entre reducción y nulidad parcial de una cláusula, haciéndose eco de la doctrina alemana de igual opinión (ib., p. 405, n. 185). Defienden, en cambio, un tratamiento diferenciado, entre otros, WITTE, P.J., *Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Münster, 1983, pp. 106-107; SCHMIDT, H., *Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Heidelberg, 1986, pp. 117-118.

²⁹⁷ De ahí que PERDICES (op. cit., p. 539) afirme que la nulidad parcial del contrato como regla de protección se completa con la regla de nulidad total de la cláusula.

²⁹⁸ Por todos, CARRASCO (op. ult. cit., p. 189) quien señala que así el predisponente tendría incentivos para extremar su ventaja, pues siempre podrá conceder hasta el límite de lo que se le hubiera permitido.

²⁹⁹ BONIN, op. cit., p. 140, aptdo. 17.

³⁰⁰ En virtud de esas facultades moderadoras, el juez podía entender más equitativo para “la posición de las partes” la reducción de la cláusula que su sustitución por el Derecho dispositivo. El riesgo, por tanto, de tal injerencia era tan grande, al tiempo que inaceptable el entonces criterio legal de subsistencia del contrato (situación equitativa de *ambas* partes) a cuyo fin se dispensaba la facultad moderadora, que hubiera sido impecable un pronunciamiento del TJ desterrando tan sólo dicha facultad.

³⁰¹ Proponían MIRANDA/PAGADOR (op. cit.), antes de implementarse la reforma pero a la luz del entonces proyecto de ley, dicha puntualización –pero sin tocar la facultad moderadora– junto con una previsión

Afortunadamente el TJ vendría después a matizar la negativa a la integración en la *St. Kásler y Káslerné Rábai*, precisamente para evitar el resultado nocivo a que conduciría una prohibición absoluta, la cual, sin embargo, se mantiene respecto a la moderación de cláusulas cuya abusividad sea declarada, y ello con independencia del supuesto residual en que la propia ley *ordena* una medida moderadora (no ya que *faculte* al juez a adoptarla *tras* la sanción de nulidad, como hacía el art. 83 TRLCU) *previa* al examen del carácter abusivo, tal como ocurre con la DT 2ª de la Ley 1/2013³⁰², según la interpretación realizada por la *St. Unicaja Banco y Caixabank*, seguida por Auto 11.6.2015, C-602/13, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (en adelante, *Auto Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), y Auto 8.7.2015, C-90/14, *Banco Grupo Cajatres* (en adelante, *Auto Banco Grupo Cajatres*), al estimar que la aplicación de dicha disposición no puede prejuzgar la apreciación de tal carácter ni impedir, en caso de constatare este, que el juez excluya sin más la cláusula en cuestión³⁰³.

Se puede decir, por tanto, que la jurisprudencia comunitaria: i) rechaza, en todo caso, la moderación de cláusulas abusivas así como la integración operada mediante reducción conservadora de la validez de la cláusula reprobada; ii) admite *excepcionalmente* la integración por un cauce y supuesto concretos, fuera de los cuales se mantiene la doctrina de que la labor judicial, constatada la existencia de una cláusula abusiva, se limita a excluir pura y simplemente su aplicación, sin fijar una reglamentación que sustituya a la que allí se contenía. En qué caso y por qué vía se permite integrar, y cómo queda entonces la situación nacional con la actual redacción del art. 83 TRLCU –que no prevé integración alguna–, son cuestiones que trataremos de responder a continuación.

expresa de que las cláusulas abusivas se sancionaran con la nulidad total. Entendemos que esto último resultaba innecesario a la vista de la literalidad del precepto ("*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*"), que entonces y también ahora –este pasaje se mantiene tal cual– no parece dejar margen para una interpretación *pro* nulidad parcial de tales cláusulas, por lo menos en su sentido material; para un estudio sobre qué debe entenderse por cláusula y consecuentemente hasta dónde alcanza la sanción de nulidad, vid. PAGADOR, op. cit., 1999, pp. 632 y ss.

³⁰² Que obliga al juez, que conoce de un procedimiento de ejecución de hipoteca sobre vivienda habitual, iniciado y no concluido a la entrada en vigor de dicha ley y en que se hubiera fijado ya la cantidad por la que se solicita el despacho de ejecución, a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de una cláusula del préstamo hipotecario que fija intereses moratorios calculados a partir de un tipo superior al triple del interés legal del dinero (esto es, el nuevo límite a los intereses moratorios en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, conforme al añadido, por art. 3.2 Ley 1/2013, pfo. II del art. 114 LH) a fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite.

³⁰³ Vid. *St. Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 42; *Auto Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aptdo. 46; *Auto Banco Grupo Cajatres*, aptdo. 42. Para un mayor análisis de estas resoluciones remitimos al epígrafe 4.4.3.A.II.

C.II) Integración admitida por el Tribunal de Justicia. Situación nacional con la reforma operada por Ley 3/2014

Dos años después de dictarse la St. *Banco Español de Crédito*, el Tribunal de Justicia vino a matizar su doctrina sobre la integración del contrato parcialmente nulo. Lo hizo en la St. *Kásler y Káslerné Rábai*, a raíz de una petición de decisión prejudicial realizada por la *Kúria*, tribunal supremo húngaro, en un caso donde se daba la circunstancia de que el órgano de apelación, confirmando el fallo de primera instancia sobre la abusividad de una cláusula reguladora de las condiciones de devolución de un préstamo hipotecario en divisas³⁰⁴, declaró que procedía modificar dicha cláusula para eliminar su carácter abusivo *sustituyéndola por una norma jurídica supletoria del Derecho nacional*.

Ante tal circunstancia, la *Kúria* preguntó al TJ, además de por los conceptos *ex art. 4.2 Dir. 93/13* y la transparencia ahí exigida para que opere la exención de control (cuestiones primera y segunda, de cuya respuesta dimos cuenta en epígrafe 2.3.2.A, I y II, respectivamente), la siguiente cuestión (tercera prejudicial): “¿Han de interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y el apartado 73 de la sentencia *Banco Español de Crédito*, en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional no puede eliminar, en beneficio del consumidor, las causas de invalidez de una cláusula abusiva incluida entre las condiciones generales de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, *modificando la cláusula contractual de que se trate e integrando el contrato, ni siquiera si, de no obrar así, en caso de que se suprima dicha cláusula, el contrato no puede subsistir* sobre la base de las cláusulas contractuales restantes? A estos efectos, ¿tiene relevancia que el Derecho nacional contenga una norma supletoria que, en caso de que se omita la cláusula inválida, regule en su lugar la cuestión jurídica de que se trate?”.

La duda era pues si la integración realizada por el tribunal de apelación, *bajo la premisa de que la pura eliminación de la cláusula reprobada comprometería la subsistencia del contrato* (la *Kúria* afirmó que efectivamente así era, como indica en sus conclusiones WAHL, quien compartía tal extremo al entender que dicha cláusula constituía uno de los pilares esenciales del préstamo³⁰⁵), se oponía al art. 6.1 Dir. 93/13, en el sentido de

³⁰⁴ El préstamo se firmó en francos suizos y se entregó en florines húngaros, obligándose los prestatarios a pagar las cuotas de amortización en su moneda nacional en función del tipo de cambio aplicable en el momento de los pagos. Se estipuló que el tipo de cambio aplicado a la entrega del préstamo era el de compra del franco suizo, mientras que el aplicable a la devolución del préstamo era el de venta de dicha divisa, según la cláusula III/2, que fue la impugnada por los prestatarios, sosteniendo que de forma opaca facultaba al banco para repercutirles el *spread* (diferencia entre el precio de compra y de venta de la divisa).

³⁰⁵ WAHL, op. cit., pto. 62 y n. 19.

que pudiera resultar contraria a la solución dada en la St. *Banco Español de Crédito*, que, recordemos, sentaba tajantemente en su aptdo. 73 la prohibición de integración tras la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula contenida en contrato B2C.

La respuesta a esta cuestión prejudicial parte de la reiteración por parte del TJ de que: i) tal precepto comunitario se opone a una normativa nacional que faculte al juez a integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva en lugar de tan sólo declararla nula; ii) esta solución se fundamenta en el carácter incentivador del abuso que dicha facultad puede generar entre los profesionales, poniendo ello en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 Dir. 93/13 (St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 77-79, con cita expresa a los aptdos. 68, 69 y 73 de la St. *Banco Español de Crédito*). Esta doctrina, que el Tribunal de Justicia sigue manteniendo, parecería conducir irremediabilmente a una respuesta negativa, mas no fue el caso: en una suerte de conversión a regla general (desde la aparente prohibición absoluta de integración), la St. *Kásler y Káslerné Rábai* vino a articular una *excepción* a aquella, resultado que no llega a entenderse plenamente acudiendo tan solo al texto de dicha sentencia. En efecto, es preciso atender a la construcción argumental del verdadero artífice intelectual del pronunciamiento comunitario: nos referimos al Abogado General WAHL y a su tarea matizadora de aquella doctrina, que acomete en las conclusiones presentadas para el caso *Kásler*.

La necesidad de rebajar el tono maximalista de la jurisprudencia sobre la integración era una obviedad, pues si bien una línea tan tajante resultaba meritoria para desterrar la técnica reductiva que se venía empleando como mecanismo integrador, este efecto positivo quedaba empañado en la medida en que limitar la labor judicial –una vez constatada la abusividad– a pura supresión del clausulado reprobado no siempre beneficia al consumidor. De hecho, podría perjudicarle cuando la continuación del contrato sin dicho clausulado no fuera, *en virtud de las normas de Derecho interno, jurídicamente posible* (recordemos, criterio de subsistencia apuntado en las SSTJ *Banco Español de Crédito*, aptdo. 65, *Asbeek Brusse* y *de Man Garabito*, aptdo. 57, y *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 28), pues ello supondría la ineficacia integral del contrato, con la consiguiente pérdida del bien o servicio contratado, que es, precisamente, lo que trata de evitar la nulidad de protección *ex art.* 6.1 Dir. 93/13.

Afortunadamente, de esto se dio cuenta WAHL: partiendo de la consideración de que la cláusula controvertida en el caso *Kásler* establecía una prestación esencial del contrato que como tal lo caracteriza, observa que su eliminación sin más –esto es, sin

integración– acarrearía la no supervivencia y correspondiente nulidad total de dicho contrato, que, al ser un préstamo hipotecario, traería consigo la *inmediata devolución* de la totalidad del préstamo y, ante la imposibilidad de hacerle frente, la consiguiente ejecución de la hipoteca; por tanto, si se impidiera integrar en tal caso se estaría penalizando al consumidor más que al profesional, y consecuentemente este último se vería alentado a usar cláusulas abusivas en sus contratos, peligrando así el efecto disuasorio de la sanción de nulidad de tales cláusulas³⁰⁶.

El argumento de WAHL es lógico y favorable a la integración, pero ¿cómo lo compatibiliza con el fallo de la St. *Banco Español de Crédito*? Pues señalando que la prohibición de integrar realmente se refería a un supuesto concreto, en que la cláusula controvertida tiene carácter *accesorio*, cuya pura supresión no compromete la existencia del contrato ni resulta perjudicial para el consumidor³⁰⁷. Ciertamente la cláusula de intereses moratorios del asunto *Banco Español de Crédito* cumple tales premisas, que no se darían, por entenderla esencial, en la cláusula relativa al tipo de cambio de divisa del caso *Kásler*, pero los matices señalados ahora por el Abogado General –accesoriedad de la cláusula luego subsistencia del contrato desprovisto de ella *ergo* no integración– no se contemplaron entonces por TRSTENJAK en sus conclusiones acerca del asunto español ni por el Tribunal de Justicia en su sentencia sobre el mismo, donde no acotó la prohibición a ningún parámetro; tanto es así que ahora WAHL advierte que no es “*conveniente en este caso [cláusula esencial] extender la orientación dada por el Tribunal de Justicia [prohibición de integración] a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional nacional sustituya la cláusula abusiva nula por una disposición de Derecho nacional supletoria*”³⁰⁸ (corchetes y su contenido nuestros).

Dicho esto, a WAHL le restaba por alegar la compatibilidad de integrar por esta vía con el art. 6.1 Dir. 93/13, lo cual hizo señalando³⁰⁹ que la sustitución de la disposición contractual –abusiva– por la legal supletoria, que se presume equilibrada³¹⁰, se ajusta al objetivo de tal precepto (restablecer el equilibrio entre las partes) y al buscado por el legislador comunitario en el marco de la Directiva: subsanar el desequilibrio, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, como

³⁰⁶ WAHL, op. cit., ptos. 98 y 102.

³⁰⁷ Ib., pto. 97.

³⁰⁸ Ib., pto. 99.

³⁰⁹ Ib., ptos. 100 y 101.

³¹⁰ Para ello recuerda la presunción, contenida en el decimotercer considerando de la Directiva, de que las disposiciones nacionales no contienen cláusulas abusivas (WAHL, op. cit., nota 33).

recogen las SSTJ *Pereničová y Perenič* (aptdo. 31) y *Jörös* (aptdo. 46), doctrina que reproduce la St. *Kásler y Káslerné Rábai* (aptdo. 82).

La St. *Kásler y Káslerné Rábai* toma el argumento de WAHL sobre la posibilidad de integrar vía norma supletoria nacional (lo reproduce en aptdos. 81 y 82) y la necesidad de hacerlo para evitar la frustración del efecto disuasorio derivada de penalizar –con la no integración– al consumidor más que al profesional (aptdos. 83 y 84), pero esto último no lo ata expresamente el Tribunal de Justicia con la esencialidad de la cláusula, y no lo hace de forma explícita porque entonces caería en lo que había tratado de evitar con ocasión de la primera cuestión prejudicial (esto es, calificar la cláusula controvertida como atinente o no al objeto principal del contrato³¹¹), *aunque se deduce que tal es la premisa que subyace para admitir la integración*.

Nótese, en efecto, que, en el aptdo. 85 de dicha sentencia, el TJ concluye diciendo que el art. 6.1 Dir. 93/13 “debe interpretarse en el sentido de que, *en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva*, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional”. A mayor abundamiento, en la ulterior St. *Unicaja Banco y Caixabank* se señala (aptdo. 33) que esta posibilidad –integración vía norma nacional supletoria– “*queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad*”.

Y ¿cuándo se daría tal circunstancia? En la lógica de la Directiva, cuando dicha cláusula formara parte del objeto principal del contrato, esto es, que regulara una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza, en palabras de TJ³¹², o en las de WAHL (pto. 62), por constituir “uno de los parámetros esenciales, en la medida en que, de no existir dicha cláusula, la ejecución del contrato quedaría comprometida”. No obstante, como sabemos, el Tribunal de Justicia remite a las normas de Derecho interno en cuya virtud el mantenimiento del contrato, despojado sin más de las correspondientes cláusulas, sea *jurídicamente posible*, lo cual no supone acudir ya a las normas internas que regulen un criterio de subsistencia a aplicar sobre el resultado de la integración (es decir, que fijen, a la luz de ella, si el contrato puede o

³¹¹ Mientras WAHL (op. cit., pto. 62) no tiene reparos en afirmar que la cláusula forma parte del objeto principal del contrato, el TJ se limita a indicar los criterios a que debe atender el juez nacional a tal efecto, remitiendo al mismo para que realice la comprobación (St. *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 45, 51 y 59).

³¹² Según el significado dado por la propia St. *Kásler y Káslerné Rábai* (aptdo. 49).

no continuar), porque la posibilidad de integrar se condiciona, precisamente, a que, tomando el contrato sin otra modificación que la resultante de la pura supresión de las cláusulas reprobadas, no fuese jurídicamente viable que siguiera existiendo; en el caso español, porque quede huérfano el contrato de los elementos *ex art.* 1261 CC.

Por tanto, la posibilidad de integrar dependerá de: i) las implicaciones que la simple erradicación de la cláusula tenga para el consumidor, de modo que si no le acarrea consecuencias negativas –la ejecución del contrato es legalmente viable–, no habrá que plantearse integración alguna, porque sólo se admitirá en caso contrario³¹³; ii) la existencia en Derecho nacional de una norma que prevea integrar por la vía aceptada a nivel comunitario³¹⁴; iii) que haya una disposición nacional supletoria de la reglamentación a sustituir³¹⁵, por ser este el único cauce integrador autorizado por el Tribunal de Justicia en este ámbito.

A la luz de tales premisas el legislador español no sale bien parado, pues entre la *St. Banco Español de Crédito* y la *St. Kásler y Káslerné Rábai* tuvo lugar en nuestro país una modificación legislativa que eliminó, en sede específica de nulidad del clausulado abusivo, toda posibilidad de integración. Nos referimos a la reforma del art. 83 TRLCU, operada por Ley 3/2014, paradójicamente para dar cumplimiento a la primera de esas sentencias³¹⁶. Si antes tal precepto ordenaba integrar el contrato parcialmente nulo remitiendo al art. 1258 CC –y por ende, factible aplicación de la ley dispositiva–, ahora establece que, declaradas nulas por abusivas las correspondientes cláusulas, el contrato “seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”, es decir, se limita a reproducir tal cual el art. 6.1 *in fine* Dir. 93/13.

³¹³ Así se deduce de la argumentación utilizada por la *St. Kásler y Káslerné Rábai* (especialmente, aptdos. 83 y 84), y de ponerla en relación con los aptdos. 33 y 34 de la *St. Unicaja Banco y Caixabank*.

³¹⁴ Como bien indica PAZOS CASTRO, R. (“El objeto principal de un contrato de préstamo expresado en divisas, la transparencia de sus cláusulas y la integración contractual”, en <http://revistas.usc.es/boletincede>, Comentario 5/2014, p. 11) la Directiva no obliga a aplicar una norma supletoria nacional para salvar la validez de un contrato que no puede subsistir sin las cláusulas abusivas, sino que *simplemente faculta a los Estados a prever tal posibilidad* en sus ordenamientos internos. La observación es correcta si reparamos en el –*supra* reseñado– aptdo. 85 de la *St. Kásler y Káslerné Rábai*, al establecer que el art. 6.1 Dir. 93/13 “no se opone a una normativa nacional que *permite* al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional”. Son, por tanto, dos normas nacionales que entran en juego: la que prevé la facultad de integrar vía disposición legal supletoria y la que, en su caso, regule la cuestión de que se trate a falta de pacto al respecto (esto es, la norma supletoria).

³¹⁵ En este sentido, señala D'ADDA (op. cit., 2014, pp. 8 y 9) que con la *St. Kásler* el TJ, por primera vez, dice claramente que el juez puede redefinir el contenido de una cláusula, nula por abusiva, que sea *esencial*, debiendo evitarse la nulidad total del contrato aplicando la disposición supletoria *si es que ésta existe*.

³¹⁶ Vid. Preámbulo, III, de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en BOE nº 76, de 28.3.2014, Sec. I, p. 26970.

De poco serviría al juez nacional que la jurisprudencia comunitaria aceptara la integración si no pudiera darle un anclaje positivo, si no hay una norma interna que le habilite para ello. Claramente la misma no existe en sede específica, porque esa disposición *era* el art. 83 TRLCU, entonces ¿aún conservamos alguna norma que permita a nuestros jueces realizar la integración por la vía autorizada?, y en caso afirmativo ¿permitiría hacerlo para el supuesto admitido por el Tribunal de Justicia, *ergo* cuando el contrato no pueda subsistir desprovisto de la cláusula reprobada?

Tratándose de condiciones generales que sean declaradas nulas por abusivas, pudiera plantearse, forzando una interpretación armonizadora que salvara la aplicación literal del vigente art. 83 TRLCU (específico para el clausulado abusivo³¹⁷, fuera o no general), acudir al art. 10.2 LCGC, que sigue contemplando la integración de la parte del contrato afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC³¹⁸, pero el inconveniente es que no la contempla para el supuesto previsto por el Tribunal de Justicia, esto es, integración cuando el contrato *no pueda* quedar en pie sin la cláusula en cuestión; de hecho, la LCGC ordena el proceso inverso: integrar el contrato y analizar su viabilidad tras ello. No cabe apriorísticamente, como parece desprenderse del art. 10 LCGC, determinar la subsistencia o no del contrato a la luz del vacío dejado por la cláusula nula³¹⁹, pero es que, aun entendiéndose lo contrario, es decir, que en su virtud la viabilidad del contrato (sin dicha cláusula) deba verse antes de la integración –para permitirla o denegarla *a posteriori*–, la solución sería distinta a la del TJ, pues en tal hipótesis, cual sería que el juez *a priori* determinase que la nulidad de la cláusula se lleva por delante un elemento esencial (eventualidad que ha venido considerándose excepcional dados los previos poderes integradores), no podría pasar a integrar el contrato sino a declararlo totalmente nulo conforme al art. 9.2 LCGC.

Pudiera pensarse que la solución pasaría entonces por ir directamente al art. 1258 CC, pero una cosa es que en el ámbito del contrato por adhesión (particular o con condiciones generales) haya una remisión a aquel para integrar, y otra es que se acuda

³¹⁷ Y que como tal debe por principio prevalecer frente a otras normas, razón que para PAZOS (op. cit., pp. 12-13) descartaría la posibilidad de integrar mientras no se reforme, de nuevo, tal precepto.

³¹⁸ Aparte de la idéntica remisión al art. 1258 CC, la norma del TRLCU añadía el “principio de buena fe objetiva” y la de LCGC sigue añadiendo las “disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”, pero cabe argumentar lo superfluo de ambas alusiones: la primera por entender que la buena fe ya está contemplada dicho precepto del CC como algo no distinto de la buena fe objetiva (CARRASCO, op. cit., 2010, p. 812), la segunda porque no cabe ahí la *interpretación integradora* con base en la voluntad de las partes sino una integración conforme a los parámetros que ya derivan del art. 1258 CC (GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 83”, op. cit., 2009, p. 990 y doctrina citada en nota 113).

³¹⁹ PERDICES, op. cit., p. 530 y autores citados en nota 31.

tal cual al precepto que en puridad rige la integración del contrato por negociación, cuando de lo que se está hablando es de sustituir una cláusula abusiva, que por definición legal es no negociada; objeción que, no obstante, cabría matizar bajo el entendimiento de que los elementos de integración *ex art. 1258 CC* son definidores del *contenido natural* del contrato –independiente de cómo se haya suscrito y de lo reglado documentalmente–, de modo que su aplicación se precisaría, haya o no una laguna contractual, para dotar al contrato *de lo que es normal* según el tipo celebrado³²⁰.

Se ha apuntado que en la integración del contrato por adhesión hay que tener en cuenta el art. 65 TRLCU, y que en base al mismo sería posible la labor integradora ante la nulidad de un clausulado abusivo, por entender que con la Ley 3/2014 se ha eliminado la integración *pro* predisponente (al modificarse el art. 83 TRLCU) pero no la que beneficia a los adherentes-consumidores, que quedaría en pie como un derecho de éstos³²¹; argumento que podría compartirse hasta la *St. Kásler y Káslerné Rábai*, aunque tras ella es más discutible en orden a su compatibilidad con la jurisprudencia comunitaria: efectivamente, el art. 65 TRLCU no sufrió cambio alguno, de modo que sigue contemplando la integración del contrato *pro* consumidor, lo que en principio encajaría con el fallo del Tribunal de Justicia, *pero* dicha integración se ordena únicamente “conforme al principio de buena fe objetiva” y por tanto se trataría de subsanar la nulidad de la cláusula, no a través de su sustitución por una disposición nacional supletoria, como autoriza el TJ, sino dando entrada en la relación contractual a un complejo de normas que carecen de formulación positiva concreta³²².

Ante este panorama está por ver cómo lidiarán los tribunales españoles con las consecuencias de la nulidad del clausulado abusivo, empezando por buscar un anclaje positivo a la integración admitida por el Tribunal de Justicia, porque es discutible, a falta de una eventual intervención legislativa, que la normativa vigente les faculte para ello. Lo que parece claro es que para llevar a cabo dicha integración se requiere,

³²⁰ Vid. PASQUAU, “DA 1ª, 3ª”, op. cit., 2000, pp. 788, para quien, precisamente, esa *normalidad* es la que integrará el contrato una vez que se hayan amputado las cláusulas abusivas, pudiendo incluso extenderse el contenido contractual más allá de lo pactado, esto es, sin el previo paso de la anulación de una parte: la razonable expectativa normativa de las partes se fragua por una combinación de la naturaleza del contrato, los usos y la ley dispositiva, elementos que deben teñirse del principio de buena fe, ib. p. 791, con preceptiva cita a LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)”, en *RDPR*, nº 64, 1980, pp. 50-78.

³²¹ BALLUGERA GÓMEZ, C., “Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general”, en *DLL*, nº 8330, 11.6.2014, p. 2.

³²² Como entendía COSSÍO la buena fe objetiva (*El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, p. 244). Frente al art. 1258 CC, que prevé varias fuentes integradoras (ley, uso y buena fe), el art. 65 TRLCU restringe la integración en favor de una de las partes contratantes, el consumidor, y sólo conforme a la buena fe.

presupuesto el precepto interno que la permita en abstracto, la existencia de una disposición nacional que supletoriamente recogiera la regulación de que se trate (de no haberla no cabría integrar, porque la norma dispositiva no es ya el instrumento primario de integración, sino el único autorizado), y una premisa específica, cual es que la cláusula que haya incurrido en abusividad posea un carácter tan fundamental en el sistema del contrato en cuestión que su erradicación comprometa la existencia de este (perjudicando así al consumidor), lo que, vista la jurisprudencia nacional surgida con la STS 9.5.2013, nos sitúa en una hipótesis de integración cuando del control de transparencia quede afectado un elemento esencial de dicho contrato³²³.

Por ahora, el TS ha tomado nota de la jurisprudencia comunitaria, extrayendo de ella la conclusión de que *“la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor”*³²⁴; al tiempo que ha señalado, en un caso de contrato celebrado estando vigente el art. 10.bis.2 LCU (cuya redacción pasó al art. 83 TRLCU y así se mantuvo hasta la Ley 3/2014), que *“es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor”*³²⁵. Dado que de los preceptos citados, el único que sigue previendo la integración judicial del contrato cuando se apreciara la abusividad de una cláusula y su consiguiente nulidad es el art. 10.2 LCGC, el cual a su vez remite al art. 1258 CC para realizar tal integración, habrá que entender, mientras el TS no aclare la cuestión³²⁶, que

³²³ Cfr. el voto particular a la STS 21.4.2014, que formularon los Magistrados FERRANDIZ GABRIEL, ARROYO FIESTAS, ORDUÑA MORENO y SASTRE PAPIOL, concretamente su FJ 3º con cita a la STJ Kásler y Káslerné Rábai.

³²⁴ STS 22.4.2015, FJ 6º, pto. 4, que reproduce en STS 7.9.2015, FJ 6º, pto. 5.

³²⁵ STS 22.4.2015, FJ 6º, pto. 5.

³²⁶ Pues en el supuesto examinado la fundamentación que realiza es para rechazar la integración de un contrato cuya cláusula de interés moratorio fue declarada nula por abusiva, al poder subsistir sin ella y sin perjuicio del consumidor. En efecto, tras declarar aplicable la integración reconstructiva del contrato

en esa combinación se encuentra el anclaje positivo para poder seguir realizando dicha integración, aun con las reservas que antes expusimos al respecto.

3.3. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

Dado que en la contratación masiva el contenido contractual no nace de la negociación, y por tanto las condiciones generales no diferencian entre personas destinatarias de la oferta ni entre productos o servicios objeto de esta, se hace necesaria la intervención estatal en el control del clausulado adhesivo presente en contratos celebrados con consumidores. El control interventor debe desincentivar –erradicar se antoja una pretensión hoy ilusoria– el potencial abuso en este campo, tanto *ex ante*, vía mecanismos legales tal sería, por ejemplo, la nulidad de protección, como *ex post*, por medio de la Administración de Justicia (léase, Tribunales de instancia), que precisa, no obstante, contar con dichos mecanismos bajo un régimen procesal, especialmente en lo que se refiere al imperativo control de oficio, y una doctrina jurisprudencial que no vedan la posibilidad de aplicarlos plenamente.

En España el escenario es desolador. Aquí, como en otros países, la regulación normativa está teñida –por acción u omisión– de un inconfesable favorecimiento a entidades con gran poder de mercado, que destinan recursos para que el entorno en que operan sea propicio al desarrollo de su actividad empresarial³²⁷. Su poder se manifiesta también en la toma de decisiones al máximo nivel judicial, donde si es preciso se retuerce la interpretación, no solo de normas protectoras específicas (algo desgraciadamente habitual), sino incluso de clásicas instituciones de Derecho privado, tales como la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad. Si esto parece grave, más lo es cuando trata de venderse a la opinión pública que ello obedece a la jurisprudencia comunitaria, la misma que, una y otra vez, deja merecidamente en evidencia a nuestro régimen legal y a la interpretación que de él se hace –u omite hacerse bajo pretextos inasumibles– por Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.

cuando “tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor”, señala que “en los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado” (STS 22.4.2015, FJ 6º, pto. 5).

³²⁷ Al respecto puede verse *in extenso* el extraordinario trabajo de FARBER, D.A./FRICKEY, P.P., *Law and Public Choice. A Critical Introduction*, Chicago, 1991.

Capítulo 4

CLAUSULADO ABUSIVO EN CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA Y PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA SU FINANCIACIÓN

4.1. PLANTEAMIENTO

Sin desconocer otras eventuales formas de adquisición de vivienda¹, la más común responde a la celebración de un contrato de compraventa, habitualmente previa reserva –precontrato inmobiliario–, cuyo precio acostumbra a pagarse de dos maneras: **i)** si se trata de vivienda sobre plano o en fase constructiva, de forma periódica durante la ejecución de obra y hasta la entrega de llaves, momento que normalmente coincide con la elevación a público del contrato privado y abono del resto del precio, que suele vincularse a la subrogación hipotecaria del comprador en la parte del *préstamo promotor* (concertado por el profesional para financiar la construcción de la promoción inmobiliaria) correspondiente a su vivienda, estipulándose dicha subrogación como obligatoria o como opción de pago de la cuota final (que generalmente supone el grueso del precio de adquisición) y en ambos supuestos será, para el comprador subrogado, el medio de financiar la adquisición, en el primero forzosamente, en el segundo como libre alternativa de financiación, que en caso de obtenerla por su cuenta –suscripción de otro préstamo– puede conllevar la imposición contractual de gastos de cancelación o penalizaciones; **ii)** si se trata de vivienda ya construida, presupuesta la existencia de una entrada (al igual que en la vivienda en construcción, sería anticipo a cuenta del total precio), al firmar la operación en notaría, para cuyo acto el comprador habrá buscado la correspondiente financiación –salvo eventual subrogación–, concurriendo la entidad financiera para coetánea firma de la escritura de préstamo hipotecario, de modo que la entrega del capital al prestatario (y de este al vendedor para pagar el precio de adquisición) se hará simultáneamente a la formalización de ambas escrituras.

Salvo en el supuesto minoritario de no necesitar financiación el comprador (usualmente especulativo en tal caso, destinando el bien a reventa), la adquisición de vivienda pasará pues por dos contratos: el de compraventa y el de préstamo cubierto, como mínimo, con garantía real² –hipoteca inmobiliaria, lo que excluye la aplicación de

¹ V.g., cesión y donación de inmueble (o de derechos sobre este) que se destine a vivienda por el cesionario o donatario, permuta directa o de suelo por obra futura, adquisición en subasta judicial, etc.

² Aparte de la garantía personal propia *ex art.* 1911 CC, que no se ve alterada por constituirse una hipoteca en garantía –real– del cumplimiento de la obligación del prestatario, no es extraño que la devolución del préstamo se asegure también con garantías personales de terceros, avalistas solidarios de la operación.

la LCCC³-. Los mercados inmobiliario y crediticio son campos donde la contratación se efectúa fundamentalmente mediante condiciones generales, y por tanto el clausulado de dichos contratos, en tanto que celebrados con consumidor, está sometido al control de contenido establecido por la LCGC y desarrollado en el TRLCU. El Tribunal Supremo ha dicho que⁴: i) es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación, en especial los de bienes y servicios de uso común a que se refiere el art. 9 TRLCU, *entre los que se encuentran los servicios bancarios*, los profesionales utilizan contratos integrados por condiciones generales; ii) es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor que el dinero prestado fuera o no destinado a adquirir bienes de primera necesidad. Así, en la contratación del préstamo procedería el control de abusividad, tanto por el uso de cláusulas predispuestas e impuestas característico del sector bancario⁵, como por la relación B2C. La existencia de esta última en la compraventa dependerá habitualmente, desde el lado del vendedor (que el comprador sea consumidor, a efectos del TRLCU, se entiende por el bien que se adquiere en nuestro caso -viviendas-, salvo que lo destine a la que fuere su actividad comercial), de si la operación supone o no la primera transmisión de la propiedad, lo que a su vez conllevará la presunción del uso de condiciones generales (así el TS respecto al sector de primera venta de vivienda⁶).

Tratándose de primera transmisión, el vendedor será un profesional, el promotor inmobiliario; si es ulterior transmisión, generalmente será un particular, sin perder tal condición por usar intermediario⁷ (v.g. agencia inmobiliaria), de manera que

³ Aunque el crédito concedido al consumidor bajo la forma de préstamo es *a priori* un crédito al consumo, el art. 3.a) de la LCCC excluye del ámbito de esta ley “Los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria”. Además, la letra b) de tal precepto también excluye “Los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir”.

⁴ STS 22.4.2015, dictada en Pleno (sentando pues doctrina), FJ 3º, ptos. 3 y 4, respectivamente.

⁵ Salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato fue negociado y el cliente obtuvo contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente (ib., pto. 3).

⁶ Que es otro de los sectores donde resulta notorio que la contratación B2C se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas, circunstancia que se deduce no solo de la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera sido negociado individualmente (STS 29.4.2015, FJ 7º, pto. 4).

⁷ En la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008 se abordaba la cuestión (que ya planteaba la Comisión en su Libro Verde de 2007, pto. 4.2 Anexo II) de si un contrato entre particulares podría considerarse contrato de consumo cuando una de las partes actuara a través de intermediario profesional: para la Propuesta, el contrato entre particulares vía “intermediario” (definido en art. 2.19) no se consideraba B2C sino C2C, y por tanto no entraba en su ámbito de aplicación (art. 7.1), entendiendo que el particular que se valiera de intermediario no podría beneficiarse de la protección de la directiva (Considerando 20), de ahí que al intermediario se le exigía informar que actuaba por cuenta del particular y de las consecuencias que ello traía consigo (Considerando 20 y art. 7.1), y si omitía tal información la sanción consistía en considerar que el contrato lo celebró en nombre propio (art. 7.2), es decir, contrato

la venta se entenderá realizada bajo relación C2C, luego excluida de la LCGC y del TRLCU (art. 2 de ambas leyes) y por ende del examen de abusividad, que en cambio *sí operará cuando*: **i)** una entidad financiera se haya adjudicado la vivienda de un particular por impago del préstamo hipotecario, y la venda a consumidor, o la traspase a una filial inmobiliaria del grupo, que será entonces quien la ponga en el mercado, entendiendo en el primer caso que la entidad crediticia tiene la consideración de empresario *ex art. 4 TRLCU* aun cuando realice esa operación⁸; **ii)** sea una Sociedad de Gestión de Activos –en adelante, SGA– de las reguladas en la *Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero*, o en la *Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito*, incluida la SAREB⁹, quien venda inmuebles obligatoriamente transferidos por entidades

B2C en el que el intermediario asumiría las obligaciones de su representado. Para un análisis del caso de consumidor representado por profesional, vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, en *CDT* vol. 3, nº 1, 2011, pp. 114-116.

⁸ Tal precepto considera empresario (a efectos de constituir la relación B2C necesaria para la aplicación del TRLCU) a quien actúe “*con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”, según redacción dada por Ley 3/2014. Si la actividad típica de la entidad de crédito consiste en “recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia” (art. 1.1 *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito* –en adelante, LOSSEC–), la venta de bienes objeto de daciones o adjudicaciones en pago de deuda, *a priori* no enmarcada en esa tipicidad, tendría sin embargo un propósito relacionado, pues al hacer líquido puede destinarlo a nuevas operaciones crediticias. Consideramos, por tanto, que la actual dicción del art. 4 TRLCU permite superar las dudas que al respecto pudieran haberse suscitado anteriormente (“que actúa en el marco de su actividad” rezaba antes de la Ley 3/2014), de las que dio cuenta GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “Cláusula sorpresiva incorporada a la escritura de venta por la que el adquirente de vivienda declara conocer y asumir el importe de la deuda generada por el consumo de suministros energéticos de los anteriores propietarios”, en *CESCO*, marzo 2010 (accesible en www.uclm.es/centro/cesco), pp. 1-3, a favor de que las operaciones inmobiliarias por parte de bancos entraran en el ámbito del TRLCU, habida cuenta de que tienen en ellas una posición de preeminencia sobre el consumidor, posición que la legislación de consumo quiere compensar: “*si lo relevante a fin de delimitar el concepto de empresario a los efectos de la legislación de consumo es la existencia de una organización dirigida a la puesta en el mercado de bienes y servicios, la preeminencia sobre el consumidor existe desde el momento en que dicha organización –departamento de redacción de contratos, letrados en nómina, tasadores– se pone al servicio esas operaciones de venta de carácter instrumental aparejando normalmente a las mismas unas condiciones de financiación predispuestas por la propia entidad que tendrán como presupuesto implícito la aceptación de las condiciones de venta tal y como se le presentan al comprador*”. Cuestión distinta es, como señala dicha autora, que los bancos pongan su *stock* en el mercado recurriendo a sus plataformas inmobiliarias, constituidas con personalidad jurídica independiente (i.e., Altamira, de Grupo Santander, o Servihabitat, de La Caixa), casos en que es indudable la actuación en el marco de una actividad profesional de carácter inmobiliario.

⁹ Esto es, la Sociedad de Gestión de Activos para la Reestructuración Bancaria, que es la SGA constituida por el Fondo de Reestructuración Bancaria (FROB), a la que se transferirán los activos de las entidades crediticias mayoritariamente participadas por el FROB o que, a juicio del Banco de España, requieran la apertura de un proceso de reestructuración o de resolución (DA 7ª y 9ª Ley 9/2012, de 14 de noviembre, en relación con art. 16 RD 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos). La constitución de la SAREB, que es una empresa privada (en otros países, funciones similares de “banco malo” las han hecho agencias públicas, v.g. la NAMA irlandesa),

crediticias que los adquirieron en pago de deudas, en el primer caso procedentes de préstamos a promotores inmobiliarios¹⁰, y de cualquier procedencia en el segundo¹¹. Como se ve, estaríamos hablando de venta de viviendas adquiridas a particulares o promotores que no pudieron pagar sus préstamos suscritos con entidades crediticias, quienes, tras adquirir los inmuebles vía dación en pago o adjudicación en ejecución hipotecaria por subasta desierta o supuestos *ex art. 670.3 y 4 LEC* (primera transmisión en caso de activos adjudicados derivados de préstamo promotor, segunda o ulterior si derivan de préstamos a particulares), los venden o los transfieren a una filial inmobiliaria o una SGA¹², que proceden a su venta a consumidores.

Sin pretender hacer una relación exhaustiva de las cláusulas abusivas que se pueden encontrar en las contrataciones de préstamo y compraventa, nos centraremos en el clausulado que presenta aspectos más controvertidos, ya sea desde el punto de vista interpretativo de su eventual abusividad, ya lo sea en la vertiente procesal. En este sentido, tengamos presente que ocasionalmente el debate no versará tanto en si una determinada cláusula es abusiva, caso de que sea claramente encuadrable en la lista *ex arts. 85-90 TRLCU*, sino en la dificultad procesal de apreciar su carácter abusivo; en otras ocasiones lo complicado será darle un encaje en dicha lista, que exime de realizar el test de abusividad porque el legislador ya ha previsto los supuestos que

vino determinada por el Memorando de Entendimiento (MoU) que España firmó en julio de 2012 para percibir la ayuda financiera europea, habiendo recibido desde su creación activos de las entidades nacionalizadas (el llamado Grupo 1: BFA-Bankia, Catalunya Banc, NCG Banco-Banco Gallego y Banco de Valencia) y de las que recibieron ayudas públicas (el Grupo 2: BMN, Ceiss, Liberbank y Caja3). Dispone de quince años, hasta 2027, para liquidar todos los activos transferidos, vendiendo en el *mercado minorista* (uno de sus tres canales de venta) a través de terceros: las antiguas cajas de ahorro rescatadas y, para los próximos años, filiales inmobiliarias de la banca sana (Solvía, Altamira y Servihabitat) y la gestora inmobiliaria Haya Real Estate, perteneciente al fondo Cerberus.

¹⁰ Arts. 3.1 Ley 8/2012 y 1.1 RDL 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero.

¹¹ Arts. 35.1 Ley 9/2012 y 48.1.a) RD 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos.

¹² Algunas entidades crediticias habían creado sociedades inmobiliarias como vehículo de gestión de activos, con anterioridad a que esto fuese obligatorio *ex art. 3.1 RDL 18/2012*, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (y posteriormente, Ley 8/2012), fundamentalmente por razones fiscales (en relación con los activos procedentes de préstamos otorgados al sector inmobiliario, pues en los derivados de préstamo a particular no existe ventaja fiscal en traspasarlos a una filial), de manera que si la entidad había constituido una filial inmobiliaria y no ha recibido ayudas públicas, lo único que tendrá que realizar será una aportación de los activos adjudicados que no haya traspasado con anterioridad ni vaya a utilizar como inmovilizado de la entidad; para las entidades intervenidas y administradas por el FROB, será este quien decida (art. 35.1 Ley 9/2012) si deben constituir una SGA para aportar sus activos o si pasan a la SGA creada para toda la banca que de una u otra forma ha recibido ayudas públicas, esto es, la SAREB. Para más detalle, vid. DE LA TORRE DÍAZ, F., “La fiscalidad de las SGA y de la SAREB y sus efectos en el saneamiento de activos inmobiliarios del sistema financiero español”, en CdF, vol. 19/2015, pp. 204-208.

no lo superan, en cuyo caso habrá que estar al art. 82 TRLCU (cláusula general de abusividad), esto es, analizar la concurrencia de los parámetros y factores de apreciación del carácter abusivo, así como la interpretación jurisprudencial al respecto.

4.2. APUNTES SOBRE EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NACIONAL, COMUNITARIO Y MODERNIZADOR EUROPEO

Aun cuando se ha discutido por la doctrina científica la naturaleza del elenco de cláusulas presente en el TRLCU, como lista *negra* (automáticamente abusivas), *gris* (presuntamente abusivas) o mixta¹³, el Tribunal Supremo no ha dudado en calificarlo de lista negra, recordando que el sistema de la Dir. 93/13 –cláusula general y lista gris– ha sido transpuesto en nuestro Derecho como un sistema de cláusula general y *lista negra*, en cuanto que las cláusulas enunciadas en los arts. 85 a 90 TRLCU son abusivas “en todo caso”, lo que supone un mayor rigor en el control del clausulado abusivo, que es conforme a la Directiva, por su carácter de norma de mínimos, como se desprende del art. 8 de la misma; en consecuencia –dice el TS–, para decidir si una cláusula puede considerarse o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera *en todo caso* abusivos, de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad, y solo cuando no sea así se pasará a valorar esta con base en la cláusula general¹⁴.

En efecto, el Anexo de la Dir. 93/13 contiene “una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas” (según reza el art. 3.3), siendo su objetivo el de servir de “lista gris” (como ha señalado expresamente el Tribunal de Justicia¹⁵), esto es, lista cuya finalidad es catalogar de sospechosas de ser abusivas a las cláusulas que contiene, precisando ser valoradas en el caso concreto y permitiéndose pues que tal sospecha sea desvirtuada. El número de supuestos enumerados (17, letras *a-q* del pto. 1, precisando el pto. 2 el alcance de las letras *g, j, y l*) fue incrementado por nuestro legislador al transponer la Directiva –y ha ido creciendo desde entonces, actualmente 38 cláusulas–, optando por el sistema de lista negra (de carácter no exhaustivo, rasgo

¹³ Tesis que se inclina por entender que dentro del listado conviven cláusulas negras junto con grises, tanto por la indeterminación de su supuesto de hecho como por contener conceptos jurídicos indeterminados, lo que exigiría una apreciación o ponderación judicial *ad casum* (SERRA RODRÍGUEZ, A., “Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo”, en *BMJ*, n° 2153, 2013, p. 4, n. 8 y doctrina ahí citada).

¹⁴ SSTs 15.4.2014 (FJ 3º) y 21.4.2014 (FJ 2º).

¹⁵ St. *Matei*, aptdo. 60. Su carácter indicativo (gris) supone que “una cláusula que figura en dicho anexo no debe necesariamente considerarse abusiva y que, por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede, sin embargo, ser declarada abusiva”, según las SSTJ Comisión/Suecia (aptdo. 20) y *Freiburger Kommunalbauten* (aptdo. 20).

compartido con el Anexo), a diferencia de otros ordenamientos¹⁶, como el británico o el alemán, que recogen, respectivamente, una lista gris (primero en *Schedule 2* UTCCR, luego extendida en *Schedule 2* CRA) y una combinación de listas, negra (§ 308 BGB) y gris (§ 309 BGB), sistema este último que adoptaba la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores¹⁷. Lo que resulta idéntico del elenco nacional respecto al previsto en la Dir. 93/13 es su restricción a las relaciones B2C –al igual que ocurre en Alemania, donde, a pesar de la posible consideración de abusividad en contratos B2B, las listas solo se aplican a la contratación con consumidores–, contrastando tal circunstancia con la PMCC, que en su art. 1262.3 proyecta un listado de cláusulas abusivas también aplicable a las relaciones entre profesionales.

A diferencia de la Directiva, los PECL, así como el paralelo Proyecto GANDOLFI (CEC), no contienen un listado de cláusulas abusivas¹⁸. Sí lo contemplan los ACQP y el DCFR, de hecho, siguen en sus arts. 6:305 y II.-9:410, respectivamente, las premisas del Anexo comunitario, esto es, lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas presuntamente abusivas, aplicable únicamente a los contratos B2C (a pesar de que ambos textos académicos no limitan la apreciación de abusividad a dicho ámbito).

¹⁶ Para un análisis *in extenso* de la transposición del Anexo de la Dir. 93/13 en los Estados miembros, vid. EBERS, op. cit., 2008, pp. 233-240. Hay Estados (Dinamarca, Finlandia, Suecia) que no lo han transpuesto de forma explícita: al respecto, partiendo de la jurisprudencia comunitaria según la cual es indispensable que la situación jurídica que resulte de las medidas nacionales de adaptación a las directivas sea suficientemente precisa y clara, permitiendo a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales, máxime cuando la directiva de que se trate tenga por objeto conferir derechos a los nacionales de los demás Estados (STJ 23.3.1995, *Comisión/Grecia*, C-365/93, aptdo. 9; St. *Comisión/Países Bajos*, aptdos. 17 y 18), el TJ ha señalado que, en la medida en que no limita el margen de apreciación de que disponen las autoridades nacionales a la hora de determinar el carácter abusivo de una cláusula, la lista que figura en el anexo de la Dir. 93/13 no tiene por objeto reconocer a los consumidores derechos que vayan más allá de los derivados de sus arts. 3 a 7, y por tanto la plena eficacia de tal directiva puede garantizarse en un marco legal suficientemente preciso y claro sin que la lista del anexo forme parte integrante de las disposiciones nacionales de adaptación, pudiendo los Estados elegir la forma que garantice el conocimiento de esa lista por parte del público (St. *Comisión/Suecia*, aptdos. 18, 21 y 22).

¹⁷ En efecto, la versión inicial de la Propuesta de 2008 contemplaba, junto a la cláusula general (art. 32), una lista negra (Anexo II) y otra gris (Anexo III) de cláusulas abusivas. La justificación de este sistema combinado se recogía en el 50 considerando de la Propuesta: “para garantizar la seguridad jurídica y mejorar el funcionamiento del mercado interior, la Directiva debe incluir dos listas de cláusulas abusivas”. Como sabemos, finalmente la Dir. 2011/83 no derogó la Dir. 93/13, quedando en pie el sistema de lista gris de esta última.

¹⁸ Su inexistencia en los PECL se justifica porque, dado el ámbito de aplicación de la cláusula general *ex art.* 4:110, esto es, por tener en cuenta los contratos entre profesionales y la diversidad de contratos mercantiles, sería prácticamente imposible elaborar un listado de cláusulas que se puedan definir como abusivas *per se*, no obstante, se advierte que esta ausencia no impide que los jueces puedan inspirarse en la lista de la Directiva al aplicar dicha cláusula general, señalando que tal lista será especialmente útil en los casos referentes a contratos mercantiles entre grandes y pequeños empresarios (*Principios, Partes I y II*, “Art. 4:110 – Comentario”, pp. 384 y 386).

Dichos preceptos reproducen, con ligeras variaciones formales¹⁹, el elenco de la Directiva, incluso en el mismo orden a excepción de la letra *i*), que desaparece en ambos²⁰, lo cual supone que el art. 6:305 ACQP recoja un supuesto menos (16 cláusulas) que el Anexo, cuyo número se mantiene sin embargo en el art. II.-9:410 DCFR (17 cláusulas), al introducir en su letra *q*) una cláusula que no aparece en dicho Anexo.

Como novedad respecto al sistema de la Directiva, prevén los arts. 6:304 ACQP y II.-9:409 DCFR una lista negra, igualmente limitada a contratos B2C, tan anecdótica que se contempla un único caso, referente a la atribución de competencia exclusiva, supuesto del que nos ocuparemos de forma específica en epígrafe 4.3.1.B.

Por su parte, la CESL, siguiendo al FS, sí opta decididamente por el sistema de doble lista: negra, art. 84, y gris, art. 85, cuyas redacciones originales eran reproducción literal de los arts. 85 y 86 *FS rev.*, respectivamente, pero con la *RPE 2014* se modificó el elenco de ambos listados (vid. enmiendas 157-174), manteniéndose su aplicación a los contratos B2C.

No obstante, téngase en cuenta que el instrumento opcional –y por ende sus listados– se circunscribe básicamente a la compraventa transfronteriza, y si bien es cierto que los Estados miembros pueden ponerlo a disposición de sus nacionales también para contratos internos [art. 13.a) CESLR], están excluidos los de financiación [arts. 2.m).iv) CESLR], y los de compraventa se limitan a los bienes muebles [art. 2.h) CESLR]. Una advertencia también debe hacerse respecto al DCFR: sus reglas no están destinadas a ser utilizadas, o al menos sin modificación o suplemento, en relación con una lista de materias, cual es la prevista en art. I.-1:101(2), donde se señalan los *bienes inmuebles* [letra *f*)]. Con ello no quiere decirse que tales materias estén excluidas *per se*, pues la lista es solo indicativa y el uso que se haga de las reglas del DCFR depende totalmente de quienes las utilicen, sino que *dichas reglas se han elaborado sin tener presente*

¹⁹ Aparte de retoques terminológicos, lo más destacable es que ambos artículos incorporan en sus listados algunas de las excepciones presentes en el pto. 2 del Anexo.

²⁰ La letra *i*) del Anexo de la Directiva contempla las cláusulas que tengan por objeto o por efecto “*hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*”. Su ausencia se justifica por entender que tal provisión queda suficientemente reflejada, respectivamente, en el art. 6:201 ACQP y en el art. II.-9:407(2) DCFR (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:305”, 2007, p. 248; DCFR, *Full Edition*, “II.-9:410”, p. 663).

esas materias²¹; prueba de esto último es que, al regular específicamente la compraventa (Libro IV.A), solo se contemplan los bienes muebles como objeto de contratación²².

4.3. TIPOLOGÍA DESTACABLE EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA

Partiendo del habitual empleo de condiciones generales en el mercado inmobiliario (recordemos además que el TS presume su uso en la primera venta de viviendas²³), y siendo el objeto de compraventa una vivienda, se darían *a priori* los presupuestos necesarios para la entrada en juego de los controles previstos en la LCGC, señaladamente el de contenido, desarrollado por la ley de consumidores, actualmente en art. 82 y ss. TRLCU. En el estudio que vamos a desarrollar presumimos, y así se advierte con carácter previo, que las estipulaciones contractuales a analizar no han sido objeto de negociación individual y que la relación en que se enmarcan es B2C, sin sostener una abusividad genérica de cada tipo en cuestión.

4.3.1. Atribución de competencia jurisdiccional: sumisión expresa

A) Tratamiento nacional y comunitario. Apreciación de oficio de su carácter abusivo y problemática procesal

Nuestro ordenamiento reputa en todo caso abusiva *“la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble”*, según reza el art. 90.2 TRLCU, de idéntica redacción a la que se introdujo en el aptdo. 27 de la DA 1ª LCU con la entrada en vigor de la LCGC, rigiendo por entonces la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuyo art. 56 originó una doctrina que sostenía la validez de las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión²⁴. De la superación de esta línea hablaba el Tribunal Supremo en 1998 como sigue: *“La doctrina más reciente de esta Sala califica dichas cláusulas como abusivas en atención a la protección que ha de dispensarse a los consumidores, toda vez que dicho pacto de competencia no es objeto de negociación bilateral, que implica expresión conforme de las voluntades concordes de los contratantes, lo que determina la nulidad del mismo (SS. 23 julio*

²¹ DCFR, *Outline Edition*, “Art. I-1:101”, p. 132.

²² De hecho, el art. IV.A.-1:101 excluye -aptdo. (3)- los inmuebles en la relación de bienes cuya venta está sometida al DCFR. Ello se justifica por las diferencias sustanciales en materia inmobiliaria existentes en toda Europa, lo que complica una unificación regulatoria (DCFR, *Full Edition*, “IV.A.-1:102”, p. 1229).

²³ STS 29.4.2015, FJ 7º, pto. 4.

²⁴ Como recuerda BLANDINO, op. cit., 2012, p. 688.

1993, 20 julio 1994 y 25 noviembre 1996), ya que la bilateralidad obligacional no la expresa ni representa el simple hecho de que esté firmada la relación contractual creada por el receptor del servicio convenido, dado el marcado carácter impositivo de la misma" (STS 18.9.1998, FJ 1º).

Esa atención a la protección del consumidor que mencionaba el TS tuvo después su reflejo en la LEC 1/2000, al establecer la invalidez de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos celebrados con consumidores, en su art. 54.2, que además las proscribía más allá del ámbito de consumo, al prever igualmente su ilicitud en cualquier contrato de adhesión o de condiciones generales. Desde entonces, el adherente, sea o no consumidor, no ha de quedar vinculado por tales cláusulas: la estipulación sumisoria, constando su carácter predispuesto e impuesto al contratante no consumidor, es inválida de acuerdo a la ley procesal, misma consideración que tendrá ante un consumidor, esto es, con independencia de que sea automáticamente abusiva conforme a la ley sustantiva (lista negra). Su consignación formal como cláusula ilícita y no meramente abusiva pudiera entenderse como un vaciamiento de la previsión sustantiva, mas no lo es si tenemos presente las implicaciones de la doctrina comunitaria sobre el control de oficio de la abusividad.

Aunque la Dir. 93/13 no recoge específicamente este tipo de cláusulas referentes a la competencia judicial territorial, podría encuadrarse en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del Anexo. De hecho, así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia respecto a la cláusula, no negociada individualmente en contrato B2C, que confiere la competencia exclusiva para todos los conflictos que deriven del contrato al órgano jurisdiccional del domicilio del empresario, por entender que la eventual lejanía del tribunal respecto al domicilio del consumidor dificultaría su comparecencia, máxime en los casos de escasa cuantía litigiosa, donde los gastos para comparecer podrían resultarle disuasorios y dar lugar a que renunciase a accionar o defenderse²⁵.

El razonamiento dado por el TJ para sostener que tal cláusula está comprendida en ese supuesto de la lista gris comunitaria resulta aplicable a la formulación, más amplia, hecha por el legislador español respecto a la categoría prevista en la lista negra nacional: de los tres supuestos señalados en el art. 90.2 TRLCU, lo es, claramente, en el primero (sumisión a tribunal distinto del domicilio del consumidor), y, tratándose de compra de vivienda, seguramente en los otros dos (sumisión a tribunal que no es el del

²⁵ SSTJ *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 22; *Pannon GSM*, aptdo. 41; *VB Pénzügyi Lízing*, aptdo. 54.

lugar de cumplimiento ni del bien), por coincidir inmueble adquirido y domicilio. Es más, con independencia de que la jurisprudencia comunitaria situara a aquella cláusula en el elenco del Anexo, y por tanto presuntamente abusiva luego precisando ulterior comprobación judicial de tal carácter, el propio Tribunal de Justicia ha afirmado que, en la medida en que favorezca exclusivamente al profesional sin contrapartida alguna para el consumidor²⁶, dicha estipulación reúne todos los criterios para ser calificada de abusiva en el sentido de la Dir. 93/13²⁷, siendo posible en tal caso apreciar su carácter abusivo sin necesidad de examinar todas las circunstancias propias de la celebración del contrato ni de apreciar las ventajas y desventajas vinculadas a esta cláusula en el Derecho nacional aplicable al contrato²⁸.

La misma jurisprudencia comunitaria ha resuelto en sentido afirmativo la cuestión de si un juez nacional puede declarar de oficio su falta de competencia cuando esta le viniera atribuida en virtud de una cláusula que considere abusiva²⁹, sobre la base del necesario control *ex officio* de tal carácter tan pronto como el juez disponga de los elementos fácticos y jurídicos para ello, obligación que le incumbe en el momento de examinar su propia competencia territorial³⁰, debiendo incluso acordar de oficio diligencias de prueba para determinar tales elementos respecto a la cláusula atributiva de competencia³¹.

Esta doctrina del Tribunal de Justicia es capital para posibilitar un control de oficio nacional respecto a las cláusulas sumisorias en la compraventa de vivienda, habida cuenta de que resulta procesalmente inviable a nivel interno. En efecto, téngase presente, en primer término, que la norma contenida en el antes citado art. 54.2 LEC está concebida para que la invalidez de la sumisión expresa sea denunciada a instancia de parte, por el demandado, mediante la oportuna declinatoria³², ya sea consumidor o no. Si lo es, el tribunal podría –y de hecho *debería* conforme a la jurisprudencia comunitaria– negarse de oficio a asumir una competencia atribuida por contrato de entender que tal estipulación es abusiva (lógicamente vía examen también *ex officio*), pero para ello tendría que desatender la normativa procesal sobre competencia

²⁶ Mientras que puede suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones o recursos del consumidor –cláusula gris *ex letra q)* Anexo–, facilita al profesional la organización de su comparecencia, al tiempo que hace que esta sea menos gravosa (SSTJ *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 23; *VB Pénzügyi Lízing*, aptdo. 55).

²⁷ St. *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 24.

²⁸ St. *Freiburger Kommunalbauten*, aptdo. 23.

²⁹ St. *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 32.

³⁰ St. *Pannon GSM*, pto. 2º del fallo.

³¹ St. *VB Pénzügyi Lízing*, aptdo. 56.

³² SÁNCHEZ LÓPEZ/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit., p. 516.

territorial, dado que la LEC en su art. 58 solo prevé la apreciación de oficio de dicha competencia cuando esta venga fijada imperativamente³³, y ni la ley procesal ni el TRLCU contemplan un fuero expreso para litigios derivados de contratos celebrados con consumidores o que contengan condiciones generales –contratos donde se proscribe la cláusula sumisoria– más allá del referente a la impugnación de dichas condiciones (art. 52.1.14º LEC, que incorpora, con carácter imperativo, las reglas competenciales de los derogados arts. 9.3 y 15 LCGC), del previsto para ejercitar acciones de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores (art. 52.1.16º LEC) o del establecido –por Ley 42/2015– con carácter subsidiario para el ejercicio por estos últimos de acciones individuales (art. 52.3 LEC), todos ellos inaplicables al supuesto que comentamos, cual es el de verse demandado el consumidor³⁴. Y tampoco lo sería, por materia, el fuero subsidiario del art. 52.2 LEC, pues, aun siendo imperativo, se restringe a seguros, ventas a plazos de bienes *muebles* y su financiación, contratos de prestación de servicios o relativos a bienes *muebles* celebrados mediando oferta pública.

La inexistencia de fuero imperativamente aplicable no supone que la competencia territorial sea *disponible* en contratos B2C o de condiciones generales, mejor dicho, no lo será *expresamente* pues aun cabe que el demandado quede *tácitamente* sometido a la competencia del tribunal designado por el “pactum de foro prorrogando” (por mucho que recen su ineficacia los arts. 54.2 LEC, y 90.2 TRLCU en relación con art. 83 TRLCU, que nada dicen sobre la sumisión tácita) si se persona para

³³ En efecto, el art. 58 LEC limita el examen de oficio de la competencia territorial a los fueros imperativos, que son, según el art. 54.1 LEC, los previstos en las reglas de “los números 1.º y 4.º a 15.º del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 52 y las demás a las que esta u otra Ley atribuya expresamente carácter imperativo”. La regla general es que los fueros *convencionales* –sumisión expresa o tácita– priman sobre los *legales* (54.1, primer inciso), salvo que estos últimos sean *imperativos* (54.1, segundo inciso, que establece la excepción). El legislador atiende en primer lugar a la voluntad de las partes, que pueden fijar el fuero adecuado, siempre que lo hagan a tribunal objetivamente competente (art. 54.3 LEC), o realizar ciertas actuaciones que legalmente se entienden como un reconocimiento implícito de la competencia de determinado tribunal (art. 56 LEC). Corolario del general carácter dispositivo de la competencia territorial es la necesidad de que el demandado denuncie la eventual falta de competencia por medio de declinatoria (art. 59 LEC).

³⁴ La regla del art. 52.1.14º LEC opera cuando: i) el adherente (sea o no consumidor) de condiciones generales demande su nulidad o no incorporación –acción individual–; ii) se ejerciten acciones colectivas en esta materia. Por su parte, la regla del art. 52.1.16º LEC, aun cuando no se señala expresamente como imperativa en el art. 54.1 LEC, lo será en la medida en que coincida con el segundo supuesto señalado. Tratándose de un litigio derivado del ejercicio de acciones individuales de consumidores al que no fuere aplicable las normas de los aptos. 1 y 2 del art. 52 LEC, se atenderá a los fueros alternativos del art. 52.3 LEC. La aplicación de estas reglas (sus fueros) requiere, por tanto, una posición activa, ya sea del adherente, consumidor o las correspondientes asociaciones.

realizar cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria³⁵ (art. 56.2^a LEC), único cauce previsto por la ley procesal para apreciar la falta de competencia territorial cuando esta no viniera establecida por regla imperativa (art. 59 LEC). Es más, si ni siquiera llegara a personarse, y estando vedada la apreciación de oficio, el tribunal ante el que es demandado vendría obligado a declararlo en rebeldía y continuar el proceso hasta resolución, quedando así fijada de forma definitiva su competencia, no tanto ya por sumisión cuanto por imposibilidad de reaccionar ante la falta de aquella³⁶.

Este régimen procesal, donde existe el riesgo de que el consumidor quede vinculado por la cláusula sumisoria abusiva, puede contrariar el art. 6.1 Dir. 93/13 y no cumple la jurisprudencia comunitaria que interpreta tal precepto, concretamente la referida al control de oficio, en la medida en que grava al consumidor con la carga de acudir a un tribunal que, por razón de ser nula dicha cláusula, resulta incompetente, precisamente para evitar que le vincule, denunciando vía declinatoria la ineficacia por abusivo del *pactum de foro prorrogando*. Quien se adhiere a tal pacto no puede esperar que el tribunal designado aprecie de oficio su incompetencia porque procesalmente no cabe así evidenciarla, posibilidad que sí se abre si el adherente es consumidor pues entonces la cláusula de sumisión a dicho tribunal podría tener carácter abusivo *ergo* resultar operativa la doctrina del Tribunal de Justicia sobre su control *ex officio* (de ahí que antes negáramos la indeferencia de que tal cláusula fuera ilícita, conforme el art. 54.2 LEC, a que lo fuera por abusiva).

A dicha doctrina pueden acogerse los jueces españoles a tal efecto, *dejando de aplicar*, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario³⁷, las normas nacionales disconformes con la Directiva³⁸, o en términos más amables utilizados por el TJ, *interpretando* las disposiciones internas dando preferencia a aquella exégesis que les permita negarse de oficio a asumir una competencia atribuida por cláusula abusiva³⁹.

³⁵ Y de hecho así lo ha mantenido el TS, al conceder valor de sumisión tácita a la actuación de un consumidor, que, en vez de plantear declinatoria, contestó la demanda alegando falta de competencia por fundarse esta en cláusula sumisoria contraria a la ley de consumidores (ATS 4.6.2004, FJ 2^o).

³⁶ En este sentido, CARBALLO FIDALGO, M., “El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores”, en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006 (www.codigo-civil.info/nulidad), y doctrina citada en n. 21.

³⁷ Sobre tal principio vid. *supra* epígrafe 1.2.

³⁸ Recuérdese que el TJ ha dicho que el objetivo perseguido por el art. 6 Dir. 93/13, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si estos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas (por todas, St. *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 26).

³⁹ Así, hablando de “interpretación conforme”, la St. *Océano Grupo Editorial* (aptdo. 32), suavizando las palabras del Abogado General Antonio SAGGIO, que en el pto. 30 de sus conclusiones (presentadas el

Mientras no cambie la normativa procesal sobre competencia territorial⁴⁰ no quedará otra vía, y de hecho en ella se han venido apoyando nuestros tribunales desde que la STJ *Océano Grupo Editorial* inaugurara tal doctrina comunitaria⁴¹.

B) Tratamiento en el moderno Derecho contractual europeo

Disponen los arts. 6:304 ACQP y II.-9:409(1) DCFR que es abusiva la cláusula no negociada individualmente que, en contrato B2C, venga predispuesta por el empresario y confiera la competencia exclusiva para todos los conflictos derivados del contrato al tribunal del domicilio de aquel. Recogen así el concreto supuesto de hecho examinado por el TJ en su St. *Océano Grupo Editorial*, donde, como ya hemos visto, consideró abusiva la cláusula en cuestión⁴².

Precisamente en atención a esa consideración, tanto los ACQP como el DCFR reputan en todo caso abusiva esta cláusula, dándole pues un tratamiento distinto a las previstas en las respectivas listas grises (*ex* arts. 6:305 ACQP y II.-9:410 DCFR). Tal cláusula conforma la muy reducida *lista* negra de ambos textos, tratándose del único supuesto. Los ACQP lo hacen *nominatim*, titulando el art. 6:304 como “List of unfair terms” (frente a la “Indicative list of unfair terms” del art. 6:305), denominación que no aparece en el DCFR (cuyo art. II.-9:409 se titula “Exclusive jurisdiction clauses”), pero sí

16.12.1999, ECLI:EU:C:1999:620) hablaba de “*exclure* la aplicación de la norma nacional no conforme”. Una posibilidad sería interpretar, como hace MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (“La nulidad de las condiciones generales”, en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006, www.codigo-civil.info/nulidad), que el art. 54.2 LEC “*impone de alguna manera* en interés del consumidor su fuero propio” lo que justificaría la aplicación del art. 58 LEC (examen de oficio de la competencia territorial fijada por reglas imperativas) cuando se demande apoyando la competencia en un contrato de adhesión o con consumidores. Tal interpretación que nos parece forzada porque va contra la literalidad del art. 54.1 LEC, que excepciona el criterio general cuando la “Ley atribuya *expresamente* carácter imperativo” a una regla competencial, y lo cierto es que el art. 54.2 LEC se limita a excluir la sumisión expresa en esos contratos, sin fijar *expresamente* un fuero imperativo: una cosa es que se trate de una norma imperativa, que lo es (y de hecho por ello reza como nulo el pacto de sumisión), y otra bien distinta (como reconoce el propio MIQUEL) es que contuviera, que no lo hace, *expresamente* una regla competencial imperativa. Donde la ley es clara (en art. 54.1) no cabe más interpretación (sobre art. 54.2) que la literal, *in claris non fit interpretatio*.

⁴⁰ *De lege ferenda*, CARBALLO, últ. cit., propone dos modelos: i) adoptar un fuero imperativo, controlable de oficio, para todos los procesos en que se ejerciten acciones derivadas de contratos con cláusulas predispuestas celebrados con consumidores; ii) retrasar la decisión del tribunal sobre su competencia, una vez constatada la existencia o no de sumisión tácita.

⁴¹ Precisamente con cita expresa a dicha STJ, la línea seguida por la AP Barcelona, autos de 12.12.2002 (FJ 2º) y 12.2.2003 (FJ 3º), y sentencia de 6.10.2005 (FJ 3º), de las Secciones 16ª, 17ª y 14ª, respectivamente.

⁴² De hecho, ambos arts. están basados justamente en tal pronunciamiento, según señalan sus respectivos comentarios oficiales (PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:304”, 2007, p. 245; DCFR, *Full Edition*, “II.-9:409”, p. 660).

en sus comentarios oficiales⁴³, donde se explicita la preferencia por el sistema de lista gris por la flexibilidad que comporta (incluso en aquellos casos en que las cláusulas de tal elenco solo pueden justificarse en supuestos muy particulares) frente a las desventajas de un enfoque rígido -lista negra-, que de hecho explican la necesidad de establecer una excepción en el art. II.-9:409⁴⁴.

En efecto, mientras su primer apartado sanciona como abusiva tal cláusula competencial, el segundo prevé que dicha regla no se aplica (luego la cláusula no será abusiva) si el tribunal elegido coincide con el del lugar donde el consumidor tiene su domicilio; excepción que no consta en el art. 6:304 ACQP, si bien en su comentario oficial se advierte que en caso de darse coincidencia del lugar de domicilios, el empresario puede referirse a la competencia en el del consumidor, si se dispone de conformidad con las normas procedimentales aplicables⁴⁵.

La cuestión nuclear para tildar de abusiva la cláusula de competencia exclusiva es que se refiera a un fuero lejano para el consumidor, dado que este es, como sabemos, el fundamento de la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia en la citada sentencia, es decir, que si ambos textos académicos regulan el caso concreto de fuero exclusivo *ex domicilio* del profesional, no es porque descarten que otras cláusulas competenciales puedan ser abusivas, sino porque pretenden ajustarse al supuesto que el TJ calificó indudablemente de abusivo, esto es, cláusula en contrato B2C que confiera competencia exclusiva al tribunal del domicilio del empresario (SSTJ *Océano Grupo Editorial* y *Freiburger Kommunalbauten*), y de hecho sus comentarios oficiales advierten⁴⁶ que las cláusulas que atribuyan competencia a cualquier otro fuero remoto pueden caer, respectivamente, en los arts. 6:301 y 6:305(p) ACQP y arts. II.-9:404, II.-9:405 y II.-9:410(p) DCFR⁴⁷, y que lo mismo es predicable de las cláusulas arbitrales.

⁴³ Al carácter de lista negra del art. II.-9:409 se refieren por contraposición al art. II.-9:410 (lista gris), de hecho en el comentario de este último se señala al primero como *very short "black list" with only one item on the "list" in II.-9:409* (DCFR, Full Edition, "II.-9:410", p. 663).

⁴⁴ DCFR, Full Edition, "II.-9:410", p. 664.

⁴⁵ PFEIFFER/EBERS, "Art. 6:304", 2007, p. 246.

⁴⁶ PFEIFFER/EBERS, "Art. 6:304", 2007, p. 245; DCFR, Full Edition, "II.-9:409", p. 660.

⁴⁷ El art. 6:301 ACQP da la definición de cláusula abusiva, no limitada a los contratos B2C, haciendo lo propio los arts. II.-9:404 y II.-9:405 DCFR para los contratos C2C y B2B, respectivamente. Por su parte, las letras p) de los arts. 6:305 ACQP y II.-9:410 DCFR reproducen, como cláusula gris, el supuesto de la letra q) del Anexo Dir. 93/13, esto es, cláusula que tiene por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor.

Explican los comentaristas oficiales de los ACQP que, como consecuencia de la jurisprudencia comunitaria, resulta posible comenzar a establecer una lista negra para la que no había suficiente base en el momento de promulgarse la Dir. 93/13. Por eso la lista negra del art. 6:304 recoge un solo supuesto (el que el TJ tacha de abusivo), y reza como “non-exhaustive list”, siendo susceptible de ampliación tan pronto como vaya habiendo base suficiente para ello⁴⁸. También apuntan que dicho precepto no distingue entre cláusulas de competencia internacional y local, de manera que, en ambos casos, si la cláusula fija el fuero en el domicilio del empresario, será considerada abusiva; exactamente lo mismo se dice respecto al art. II.-9:409 DCFR en su comentario oficial⁴⁹.

Siguiendo al DCFR, tanto el FS como la CESL recogen la regla del art. II.-9:409(1) DCFR, en las letras *e*) de los arts. 83 FS y 84 CESL, ambos reguladores de las cláusulas que siempre son abusivas en contratos B2C. La formulación de esta cláusula negra es idéntica a la del DCFR, con la diferencia formal de que añaden la excepción del art. 9:409(2) a continuación –no en párrafos distintos– de aquella⁵⁰. Téngase presente lo antes dicho (epígrafe 4.1) sobre la compraventa de inmuebles en relación con estos textos.

4.3.2. Retención de cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda: arras y pena convencional

A) Planteamiento y precisiones conceptuales

Como indicábamos al comienzo de este capítulo, en la adquisición de vivienda es habitual la firma de documentos previos al contrato de compraventa, donde las partes se comprometen, precisamente, a celebrarlo, haciéndose entrega de una cantidad que se imputará al precio del contrato proyectado, funcionando así como anticipo a cuenta de dicho precio.

Los efectos de dicha promesa (incardinable en el art. 1451 CC), recíprocamente aceptada, no pueden diferenciarse de los que produce la compraventa, siendo los mismos que los del contrato perfecto, si consta que esta es la *verdadera intención de las*

⁴⁸ PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:304”, 2007, p. 244 y 245.

⁴⁹ PFEIFFER/EBERS, “Art. 6:304”, 2007, p. 245; DCFR, *Full Edition*, “II.-9:409”, p. 660.

⁵⁰ En efecto, mientras que el DCFR formula la regla en II.-9:409(1) y la excepción en II.-9:409(2), los arts. 83 FS y 84 CESL lo hacen de forma conjunta en sus letras *e*): “confer exclusive jurisdiction for all disputes arising under the contract to a court for the place where the business [*trader* en CESL] is domiciled unless the chosen court is also the court for the place where the consumer is domiciled” (corchetes y su contenido nuestros).

partes, como ha dicho el TS, cuya jurisprudencia sostiene que el precontrato ya es en sí mismo un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro en el futuro, conteniendo el proyecto o ley de bases del siguiente⁵¹; “la esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o «pactum de contrahendo» es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un quedar obligado a obligarse”, admitiéndose la posibilidad del precontrato como figura independiente del que será el contrato definitivo⁵². Por tanto, con independencia de la denominación que conste en el convenio, habrá que atender a la voluntad de las partes para determinar si han tenido por finalidad establecer un contrato definitivo o si, por el contrario, dicha voluntad consistía en quedar ligadas solamente mediante el peculiar vínculo que el precontrato produce⁵³.

La habitual parquedad de reglamentación contenida en el precontrato de adquisición de vivienda, generalmente cuando está proyectada o en construcción, da pie a la práctica nada extraña de modificación por el promotor de las condiciones de celebración inicialmente fijadas, añadiendo de forma sorpresiva en el ulterior contrato nuevas cláusulas o variando las preexistentes, como por ejemplo el precio final de la vivienda, el plazo de entrega, etc. Dado que lo normal es que dichas condiciones estén prerredactadas para su uso estandarizado, las cláusulas constitutivas del precontrato pueden desde ese momento revestir ya carácter abusivo⁵⁴ (presupuesta la condición de consumidor del comprador), señaladamente la estipulación referente al importe entregado en ese acto, en principio un pacto de arras.

Como en el ulterior contrato también se harán entregas periódicas de dinero mientras se desarrolla la construcción, es común que en dicho contrato se les de un tratamiento específico para el supuesto de que el negocio no llegue a buen puerto, ya sea por desestimiento del comprador, por no conseguir este la pretendida financiación (no obtención del préstamo hipotecario o no concesión de la subrogación de aquel en la hipoteca que inicialmente constituyó el promotor), o por incumplimiento resolutorio,

⁵¹ STS 16.7.2003, FJ 2º y resoluciones ahí citadas.

⁵² SSTs 24.7.1998, FJ 4º, y 28.11.2005, FJ 2º.

⁵³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “El precontrato inmobiliario”, en CANIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 73 y doctrina citada.

⁵⁴ *Ib.*, p. 71, defendiendo la posibilidad de apreciar tal carácter en el propio precontrato y de adoptar las medidas oportunas a partir de tal momento para evitar la inclusión del clasulado afectado en el documento definitivo.

supuestos que pueden contar con la previsión contractual, predispuesta por el vendedor, de pérdida de cantidades entregadas. Aquí podemos estar ante un supuesto de arras o bien de pena convencional.

Antes de pasar a analizar la eventual abusividad de tales pactos, es necesario partir de una delimitación abstracta de ambas figuras, desde el punto de vista conceptual, para poder actuar en consecuencia. De entrada advertimos que, pese a manejarse indistintamente en la práctica los términos de pena convencional y cláusula penal, la primera es una prestación adicional que se obliga a satisfacer el deudor en caso de incumplir o cumplir irregularmente la obligación principal garantizada, mientras la cláusula penal es la estipulación en la que se establece la pena convencional, a lo que se debe añadir que la obligación con cláusula penal es aquella cuyo incumplimiento se sanciona con la pena convencional y la obligación penal es la que nace de la cláusula penal y tiene como prestación la pena convencional⁵⁵.

Conviene tener presente que son varias las *funciones* que puede cumplir la pena convencional⁵⁶: i) coercitiva, cuando es un medio de presión que estimula al deudor a cumplir ante la amenaza de tener que satisfacerla, función propia, aunque no exclusiva, de la pena cumulativa; ii) sustitutiva, cuando opera como una liquidación de eventuales daños y perjuicios derivados del incumplimiento, función que, según el art. 1152 CC, desempeña la pena convencional a no ser que se pacte otra cosa; iii) liberatoria, cuando el deudor puede elegir para liberarse de la obligación principal entre el cumplimiento o el pago de la pena, función que, conforme al primer inciso del art. 1153 CC, requiere previsión contractual expresa.

En cuanto a las *modalidades* de la pena convencional, cada una de las cuales produce diferentes efectos en atención a la función o funciones que desempeñe, se distinguen en el tráfico jurídico las siguientes⁵⁷: i) pena liquidatoria, cual es la que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento y ofrece la ventaja para el acreedor de dispensarle de probar el daño y su cuantía, pudiendo también cumplir la función coercitiva –además de la sustitutiva principal– si el importe de la pena es superior al que previsiblemente correspondería como indemnización

⁵⁵ QUESADA GONZÁLEZ, M.C., “Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional”, en AC-M, nº 14/2003, versión electrónica, BIB 2003\1300, p. 1 y doctrina citada en n. 3. El TS ha llegado a calificar la cláusula penal como una modalidad de pena convencional, así en la STS 4.12.1998, FFJJ 5º y 7º.

⁵⁶ QUESADA, op. cit., p. 3.

⁵⁷ Ib., pp. 4-5.

conforme a los criterios generales; ii) pena cumulativa, que desempeña una función rigurosamente coercitiva por ser la más gravosa para el deudor, pues el acreedor puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, con independencia de la reclamación de daños, potestad que requiere claro otorgamiento según reza el segundo inciso del art. 1153 CC; iii) pena facultativa, que en puridad no es genuina pena convencional sino más bien multa penitencial o *pena de arrepentimiento*⁵⁸, cumpliendo una función liberatoria de optar el deudor por pagarla en vez de cumplir la obligación; iv) pena moratoria, que es la estipulada para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación, pudiendo entenderse como una modalidad distinta de las anteriores o como una variante de la pena liquidatoria o cumulativa⁵⁹.

La doctrina ha ensayado una distinción conceptual general entre pena convencional y arras, basada en el elemento real (dación o entrega inicial) que se dice necesario en el pacto arral mas no en la cláusula penal; así, mientras esta última es “obligacional” y supone una garantía de índole personal (porque consiste en una nueva prestación accesorio, condicionada al futuro incumplimiento de la obligación principal), las arras son de carácter “real” o posesorio, dado que presuponen siempre la recepción previa de cosas o cantidades que se retendrán en caso de incumplimiento⁶⁰. Como seguidamente vamos a ver, ni esta es una diferencia esencial entre ambas figuras generales ni es nítida la distinción atendiendo a sus diversas modalidades.

Expresamente solo hay en el Código Civil una clase de arras, las del art. 1454, como herramienta que faculta para desligarse del contrato, generando su pérdida o devolución doblada, según quien desista (el comprador en el primer caso, el vendedor en el segundo). Son las llamadas arras penitenciales, por diferenciarlas de otras dos *modalidades* admitidas por doctrina y jurisprudencia, cuales son las confirmatorias⁶¹ y las penales, si bien hay autores que niegan la sustantividad autónoma de estas últimas⁶². En palabras del Tribunal Supremo: “*Ante la imposibilidad de dar un concepto*

⁵⁸ Tal como la denomina la STS 14.2.2000, FJ 10º.

⁵⁹ Defiende lo primero DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992, p. 38; lo segundo, QUESADA (op. cit., p. 5), siguiendo a DÍAZ ALABART, S., “La cláusula penal y las arras”, en *CDJ*, t. XXI, 1993, p. 285, n. 7.

⁶⁰ RAMOS CHAPARRO, E., *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Sevilla, 1999, p. 42 y doctrina citada en n. 20.

⁶¹ Que no aparecen en el CC sino en el Código de Comercio, al establecer su art. 343 que “Las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles, se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario”.

⁶² Por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL, F., *Las arras en el derecho de la contratación*, Salamanca, 1958, p. 85-87, defendiendo que las arras penales son una especie de las confirmatorias. Desde esta perspectiva, habría

unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) *Confirmatorias*. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) *Penales*. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) *Penitenciales*. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el artículo 1454. Siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquél sentido (...) debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado” (STS 26.9.2013, FJ 2º).

Aun cuando se ha apuntado que las penitenciales presentan analogías con la cláusula penal⁶³ (lo que, entendemos, sería predicable si acaso respecto de la pena facultativa, por su función liberatoria) o, al menos, que es en esta modalidad donde se esfuma un poco la distinción doctrinal entre arras y pena convencional⁶⁴, es el pacto arral de tipo penal el que, por su estricta función de garantía, mayor semejanza guarda con la genuina cláusula penal, hasta el punto de que su divergencia es más teórica que práctica. La doctrina que señala la similar naturaleza de la pena convencional y las arras penales destaca que para delimitarlas hay que atender a si la entrega –pecuniaria o de otra cosa– en caso de incumplimiento es prometida (cláusula penal) o efectiva (pacto arral penal)⁶⁵; si bien se ha apuntado que parece más realista considerar que la

que hablar de: i) *arras confirmatorias puras*, que funcionarían sencillamente como señal o prueba de la celebración de un contrato, de manera que la cantidad en que consistan se considera entregada a cuenta del precio si el deudor cumple, y si incumple serían inoperantes, por lo que teóricamente quien las recibió debe devolverlas, salvo retención como parte de la indemnización que tendría derecho a reclamar; ii) *arras confirmatorias penales*, que además de servir como prueba de la perfección del contrato, se entregan como garantía del cumplimiento del mismo mediante su pérdida o devolución duplicada, sin que el incumplidor quede libremente desligado (a diferencia de las penitenciales), pues se le podrá reclamar el cumplimiento forzoso y la indemnización de daños y perjuicios. El propio TS, analizando la naturaleza de un pacto de arras, ha dicho (STS 26.9.2013, FJ 2º) “No se discute que sean confirmatorias, pues todas las arras lo son, al acreditar la perfección del contrato de compraventa y que las simplemente confirmatorias constituyen una señal o parte del precio (sentencias de 4 marzo 1996 y 17 de octubre de 1996)”.

⁶³ *Ib.*, p. 69: ambas aseguran una indemnización de daños, ya sean los producidos por el incumplimiento (cláusula penal) o los derivados de la resolución (arras penitenciales).

⁶⁴ Dado que si la parte que decide resolver es la misma receptora o poseedora de las arras (vendedor), debe devolverlas duplicadas, incluyendo también, por tanto, el pacto arral, una posible obligación “de futuro” y de dar, análoga a la de la cláusula penal pura o típica (RAMOS, op. cit., p. 43).

⁶⁵ Entre otros, RUIZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”, en RDPR, nº 59, may. 1975, p. 388; RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Arras: Una construcción jurisprudencial”, en RGD, nº 594, 1994, pp. 1711 y 1719.

diferencia de que medie dación constitutiva de la garantía no debe obstar a la calificación de la estipulación como pena convencional, dado que la recepción en sí misma no es formalmente necesaria para su vigencia, y porque el axioma teórico de que dicha pena ha de consistir en una obligación futura con prestación positiva tiene un mero valor didáctico pero no un fundamento legal en nuestro sistema⁶⁶.

Donde más difusa parece la frontera entre cláusula penal y pacto arral penal es cuando se estipula la retención por el vendedor de la totalidad o de una parte de las cantidades entregadas por el comprador, en caso de resolución del contrato de compraventa por incumplir uno o varios pagos aplazados. Un sector de la doctrina considera que estamos ante un supuesto de cláusula penal⁶⁷, otro que se trata más bien de arras penales con la particularidad de que la entrega no se produce en un único acto sino sucesivamente en varios⁶⁸. De todas formas, el Tribunal Supremo ha afirmado que las arras penales tienen naturaleza de cláusula penal⁶⁹, “no son sino una cláusula penal, por la que la parte puede exigir el cumplimiento de la obligación y solo en caso de incumplimiento, exigir que se ejecute dicha cláusula”⁷⁰.

Siendo pues clara la equiparación jurisprudencial de ambas figuras y, por ende, la indiferencia práctica de calificar de una u otra forma el referido pacto de retención, analizaremos a continuación su eventual abusividad, así como la del previsto, no para el caso de incumplimiento resolutorio, sino para el de puro desistimiento del contrato celebrado así como del estipulado para el supuesto de renuncia a celebrarlo, dos hipótesis que, a diferencia de aquella, se encuadran en la categoría de las arras penitenciales. Respecto a estas, su posible carácter abusivo no plantea problemas en cuanto a la prohibición de moderar la pena convencional abusiva sentada, como ya vimos –epígrafe 3.2.2.C.I–, por la STJ *Asbeek Brusse y de Man Garabito* (aptdo. 60), dado que a esta modalidad no le es aplicable el régimen jurídico de la cláusula penal⁷¹ (arts.

⁶⁶ RAMOS, op. cit., pp. 43 y 44, siguiendo la apreciación de DÁVILA (op. cit., p. 181) de que las diferencias entre arras penales y cláusula penal son solo posibles en pura jurisprudencia de conceptos, pues la causa típica (función de garantía) es idéntica en ambos supuestos.

⁶⁷ Vid. las razones apuntadas por ZUMAQUERO GIL, L., “La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 270; así como la extensa argumentación de RAMOS (op. cit., p. 42 y ss.) respecto a la naturaleza del pacto de retención en la compraventa con cláusula resolutoria.

⁶⁸ JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992, pp. 186-187; SANZ VIOLA, A.M., *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994, p. 45.

⁶⁹ STS 26.9.2013, FJ 2º.

⁷⁰ STS 25.10.2006, FJ 3º.

⁷¹ Para la doctrina mayoritaria no es posible moderar las arras penitenciales; sostiene la tesis contraria DÍAZ ALABART, S., “Las arras (y II)”, en *RDPR*, nº 80, feb. 1996, p. 90.

1152 y ss. CC), que en cambio sí es de aplicación a las arras penales, susceptibles pues de moderación *ex art. 1154 CC*⁷² siempre que, claro está, no resulten abusivas.

B) Retención por renuncia a la celebración o a la ejecución del contrato

En el precontrato de adquisición de vivienda suele disponerse la facultad del profesional de hacer suyo lo entregado por el consumidor como dinero de arrepentimiento, esto es, para el caso de que renuncie a celebrar el definitivo contrato, en el cual, de llegar a suscribirse (o celebrado sin acuerdo preparatorio), puede encontrarse el mismo pacto de retención de las cantidades entregadas hasta el momento en que el comprador, en su caso, desista del contrato de compraventa ya celebrado pero pendiente de ejecución.

En ambos supuestos, esa facultad de retención es correlativa a la facultad del consumidor de desligarse del contrato celebrado o proyectado. Si se pactase que ambas partes pueden liberarse, el art. 87.2 TRLCU considera abusivo, según interpretación del Tribunal Supremo, el apartamiento del régimen dispositivo de las arras penitenciales establecido en el art. 1454 CC cuando se hace en perjuicio del consumidor, esto es, por disponerse que este pueda desistir del contrato o renunciar al previsto perdiendo la suma entregada en concepto de arras mientras que el empresario pueda hacer lo propio sin devolverlas dobladas⁷³.

Lo que sanciona dicho precepto del Texto Refundido es la falta de reciprocidad en la desvinculación: al consumidor le cuesta perder lo entregado, que es retenido como indemnización por el profesional; a este no le costará nada desistir si simplemente restituye a aquel lo recibido ni la restitución supone indemnización alguna al consumidor⁷⁴, que solo se verá resarcido si, recuperando lo entregado, le abona el empresario una cantidad –como mínimo– equivalente a lo que podría retener en su caso (esta es la “devolución duplicada” *ex art. 1454 CC*). Así, la cláusula de prevé

⁷² Aunque es una cuestión discutida por la doctrina (por todos, a favor, JORDANO FRAGA, op. cit., p. 187; en contra, HERNÁNDEZ GIL, op. cit., p. 87, n. 118), la jurisprudencia de la Sala 1ª “*prevé la posible moderación de las arras de naturaleza penal*”, como recuerda expresamente la STS 21.6.2013, y ello cuando se haya producido un incumplimiento parcial, pues en torno al art. 1154 CC “*se ha desarrollado una jurisprudencia por esta Sala que, en esencia, rechaza la posibilidad de que esta facultad moderadora, a la hora de fijar la indemnización convencionalmente estipulada en una cláusula penal, entre en juego cuando se ha declarado que el incumplimiento contractual es total*” (FJ 3º).

⁷³ STS 15.4.2014, FJ 3º, pto. 5, reproducido en las SSTs 21.4.2014 (FJ 2º) y 24.11.2014 (FJ 7º).

⁷⁴ Tal restitución sería tan solo consecuencia de desaparecer la causa que motivó la entrega del consumidor, que, por tanto, no se ve indemnizado con su simple devolución, porque está recuperando lo mismo que entregó.

la retención por renuncia o desistimiento del consumidor será abusiva, con base al art. 87.2, si la misma facultad de desligarse del contrato operase para el empresario sin coste alguno o por cuantía inferior a la eventual retención⁷⁵.

Tal disposición, encuadrada en la lista negra de cláusulas abusivas, reproduce el texto anterior, ordinal 16 DA 1ª LCU, que transpuso la letra d) del punto 1 Anexo Dir. 93/13, sin modificar apenas su terminología⁷⁶, concretamente los términos “renunciar” y “retener”, que fueron utilizados en la Directiva ante el diverso tratamiento de las arras penitenciales en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Como ha dicho el TS, interpretando el precepto de la norma de Derecho interno conforme a la Directiva, se consideran abusivas las cláusulas que permiten al predisponente retener las cantidades abonadas por el consumidor para el caso de que quiera desistir de un contrato ya celebrado, que son las arras penitenciales en el contrato de compraventa ya celebrado, reguladas en el art. 1454 CC (que sería la “renuncia a la ejecución del contrato” de que habla la Directiva), y también las entregadas a cuenta de un contrato que no se ha celebrado aún, que es lo que suele conocerse como pactos de reserva o “señal” en garantía de precontratos o acuerdos preparatorios (que sería la “renuncia a la celebración del contrato” *ex* letra d Anexo)⁷⁷.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si se pactasen arras penitenciales solo a cargo del consumidor⁷⁸ pero sin preverse la posibilidad de liberarse el empresario? Esto es, ¿podría en tal caso considerarse abusiva la cláusula que permita la retención por desistimiento del consumidor?

Es dudoso que la respuesta sea afirmativa conforme al art. 87.2 TRLCU, pues parece que la norma solo se refiere a la hipótesis de que ambas partes tengan la opción

⁷⁵ Cfr. CAFFARENA LAPORTA, J., “DA 1ª.6, cláusula 16”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 1189.

⁷⁶ La letra d) reza así: “Permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie”. Nuestro art. 87.2 TRLCU, reproducción del ordinal 16 DA 1ª LCU, establece que es abusiva por falta de reciprocidad “La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario”.

⁷⁷ SSTs 15.4.2014, FJ 3º, 21.4.2014, FJ 2º, y 24.11.2014, FJ 7º, poniendo el acento en que el precepto es aplicable tanto al contrato definitivo como al precontrato.

⁷⁸ Téngase presente, no obstante, que un sector de la doctrina niega la posibilidad con carácter general de arras penitenciales con eficacia unilateral; vid., por todos, AFONSO RODRÍGUEZ, M.E., *Las arras en la contratación*, Barcelona, 1995, p. 180 y ss.

de desvincularse⁷⁹. Que en el caso planteado no quepa hablar de falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, fundamento de dicho precepto, no ha impedido a la doctrina sostener su carácter abusivo, ya sea amparándose en otro de los supuestos de la lista negra, como el del art. 85.6 TRLCU⁸⁰, ya sea acudiendo a la cláusula general de abusividad⁸¹ *ex art.* 82.1 TRLCU, vía esta última siempre factible pero condicionada al análisis concurrencial de los parámetros y factores de apreciación del carácter abusivo, así como la interpretación jurisprudencial al respecto.

C) Retención por incumplimiento resolutorio

Distinto del supuesto de retención por terminar la relación comercial sin fundamento en una causa determinada *ergo* sola voluntad del consumidor (comprador) que renuncia o desiste, es aquel en que se faculta al empresario (vendedor) para resolver el contrato por incumplimiento de aquel, haciendo suya la totalidad o parte de las cantidades entregadas como precio de la vivienda hasta ese momento (desde el precontrato, en su caso). La hipótesis más habitual es que tal estipulación, predispuesta e impuesta, opere en caso de impago de cualquiera de los importes periódicos a satisfacer por el consumidor hasta la entrega de llaves, mas también puede preverse para el incumplimiento de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública cuando fuera así requerido o, en general, ante la falta de cumplimiento de las obligaciones consignadas a su cargo en el contrato de compraventa.

Para determinar la eventual abusividad del pacto de retención en la cláusula resolutoria, ya lo entendamos como típica penal convencional o como arras penales (apuntamos antes la equiparación jurisprudencial de ambas figuras), hay que analizar en primer lugar⁸² si tiene encaje en las previsiones específicas de la lista negra relativas a la resolución contractual por incumplimiento de una de las partes, cuales son los arts. 85.6, 86.1, 86.5 y 87.4 TRLCU. Se descarta ya de entrada la aplicación del art. 87.2

⁷⁹ Como apunta GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Artículo 87", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 1084.

⁸⁰ Así, CAFFARENA (op. cit., p. 1192), cuando se disponga que el consumidor perderá la cantidad entregada no solo si manifiesta su voluntad de desistir sino también en caso de incumplir. Ahora bien, aun cuando la pérdida de lo entregado pudiera suponer una indemnización desproporcionadamente alta, el art. 85.6 restringe la hipótesis a que esa indemnización sea consecuencia de un incumplimiento del consumidor, y este, en el caso que planteamos, no estaría incumpliendo sino haciendo uso de la facultad de desistimiento.

⁸¹ Como hace PARA MARTÍN, A., "DA 1ª.6, cláusula 16", en ARROYO MARTÍNEZ, I./MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, p. 394 y ss., teniendo en cuenta que, si bien el empresario no puede desistir, sí puede incumplir, en cuyo caso se fuerza al consumidor con la carga de probar el daño, sin garantía, frente a la cómoda posición del empresario.

⁸² Siguiendo la metodología "más eficiente" apuntada por el TS (vid. *supra* n. 14 de este Capítulo).

TRLUCU porque, como hemos dicho, no estamos ante una renuncia o desistimiento del consumidor, hipótesis de arras penitenciales examinada previamente, sino ante una resolución por su incumplimiento, caso de genuina cláusula penal o pacto arral en su modalidad penal⁸³.

De los preceptos *a priori* contrastables, no resultarían aplicables a la estipulación contractual que examinamos las previsiones de los aptdos. 1 y 5 del art. 86, porque se restringen al supuesto de incumplimiento del empresario⁸⁴, ni tampoco la del art. 87.4, al contemplar una resolución decidida por el profesional sin incumplimiento imputable al consumidor⁸⁵; por tanto, la única previsión de aquel elenco que puede tener trascendencia para enjuiciar la abusividad de dicha estipulación es la que determina el carácter abusivo de cláusula penal que en el caso de resolución por incumplimiento del comprador establezca una *indemnización desproporcionadamente alta* ex art. 85.6⁸⁶, para lo cual es preciso comparar la cantidad resultante de la aplicación de tal cláusula con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente⁸⁷.

⁸³ Aun cuando la doctrina ha querido ver en el art. 87.2 TRLUCU tanto un supuesto de arras penitenciales como de arras penales (por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. ult. cit., pp. 1083, 1086 y 1087), el TS ha dicho que tal precepto se refiere a las penitenciales, descartando expresamente su aplicación a la retención por incumplimiento resolutorio, que califica de cláusula penal (STS 15.4.2014, FJ 3º, pto. 5, r eproducido en las SSTs 21.4.2014, FJ 2º, y 24.11.2014, FJ 7º).

⁸⁴ En efecto, parten de la hipótesis de que sea el empresario, no el consumidor, quien incumpla. Así, el art. 86, que relaciona las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor, contempla en su aptdo. 1 “La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario”, y su aptdo. 5 “La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario”.

⁸⁵ El art. 87, recogiendo las cláusulas negras por falta de reciprocidad, considera abusiva, en su aptdo. 4, “La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato”. Aunque el tenor del precepto pudiera dejar abierta la posibilidad de su aplicación a la resolución promovida por el profesional pero basada en incumplimiento del consumidor (parte de la doctrina así lo sostiene: vid., para más detalles, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 85”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [coord.], *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 1039; en contra de dicha posibilidad, por todos, CAFFARENA LAPORTA, J., “DA 1ª.6, cláusula 17”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [coord.], *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 1198), el TS ha interpretado que lo preceptuado se refiere al supuesto de que el incumplimiento resolutorio sea imputable al empresario (STS 15.4.2014, FJ 3º, pto. 7, reproducido en las SSTs 21.4.2014, FJ 2º, y 24.11.2014, FJ 7º). Se trataría, acaso, de una “resolución” discrecional por parte del profesional: cfr. letra f) Anexo Dir. 93/13.

⁸⁶ Encuadra la retención por incumplimiento resolutorio como posible supuesto de cláusula abusiva bajo tal premisa, ZUMAQUERO GIL, op. cit., pp. 266-267. Se ha apuntado (GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit., “Artículo 85”, p. 1044 y doctrina citada en n. 263) que el art. 85.6 TRLUCU, al no distinguir el instrumento elegido para fijar la indemnización, abarca tanto las cláusulas penales como las arras de la misma función.

⁸⁷ STS 15.4.2014, FJ 3º, ptos. 7 y 8, r eproducidos en las SSTs 21.4.2014, FJ 2º, y 24.11.2014, FJ 7º.

Bajo tal premisa, la cláusula no superará el control de abusividad cuando la indemnización prefijada *supere de modo apreciable* a dichos daños y perjuicios, lo cual implica, según el Tribunal Supremo, que cuando de las circunstancias concurrentes se desprenda, o el consumidor alegue de un modo razonado, la desproporción entre la indemnización y el quebranto patrimonial real causado al predisponente⁸⁸, deberá probarse la existencia de la proporción entre ambos para que resulte excluido el carácter abusivo de la cláusula, y no al contrario, de modo que la falta de alegación y prueba adecuada sobre la existencia y cuantía real de los daños y perjuicios (y por tanto, del carácter proporcionado de la cantidad fijada en la cláusula penal) deba traer consigo la declaración de abusividad de la cláusula penal⁸⁹.

Si no procediese declararla abusiva con base en el art. 85.6 TRLCU (caso de acreditarse que el valor de los daños supera la cantidad que el profesional retiene y hace suya en virtud de la cláusula), y descartado el contraste directo con el resto de previsiones específicas de la lista negra –por inaplicables al caso, salvo que se entienda que la cláusula pueda sucumbir al reproche del art. 88.1 TRLCU⁹⁰–, habría de valorarse si lo es conforme a la cláusula general de abusividad *ex art.* 82 TRLCU.

Por esta vía es evidente que existe un *diferente tratamiento contractual* entre el incumplimiento imputable al comprador y al vendedor, pues al estipularse una determinada indemnización para este último en caso de resolución por incumplimiento de aquel, sin preverse una equivalente a favor del consumidor para el supuesto de que incumpliera el empresario (o previéndose solo aparentemente⁹¹),

⁸⁸ No bastará, por tanto, con una mera aproximación al contenido de la cláusula, pues aunque a priori pueda parecer excesiva la indemnización prevista en la misma, las circunstancias concurrentes pueden llevar a excluir esta primera impresión. De hecho, “*circunstancias tales como los elevados gastos de comisión de venta o la severa depreciación del valor de los inmuebles que supuso a la promotora graves pérdidas al vender el inmueble a un tercero meses después de resolver el contrato, además de los gastos de comunidad y de intereses del préstamo hipotecario que la promotora hubo de seguir abonando entre el momento en que debió producirse la entrega de la vivienda a los demandantes y el momento en que pudo ser vendida a un tercero*”, conllevaron la inaplicación del art. 85.6 TRLCU en la STS 15.4.2014, dado que tales circunstancias supusieron, a juicio del TS, “*que el valor de los daños y perjuicios sufridos por el predisponente como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento del comprador superara la cantidad que la promotora hizo suya en aplicación de la cláusula penal cuestionada*”, FJ 3º, pto. 9, apuntándose que “*es determinante que resulte probada la cuantía real de los daños y perjuicios para decidir si guarda proporción con la cantidad que resulta de aplicar la cláusula penal predispuesta*”.

⁸⁹ STS 15.4.2014, FJ 3º, pto. 13, reproducido en las SSTs 21.4.2014, FJ 2º, y 24.11.2014, FJ 7º.

⁹⁰ Tal como hace CARRASCO PERERA, A., “¿Rescisión concursal de «sobregarantías»?”, en *Análisis GA&P*, abril 2015, p. 1.

⁹¹ Téngase presente que el simple hecho de que existiese una cláusula correlativa a favor del consumidor no garantiza por sí sola el equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes (como se advierte en la STS 15.4.2014, FJ 3º, pto. 12), pues cuando el incumplimiento del profesional previsto en la cláusula espejo

dicha estipulación facilita al predisponente la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, no contando el consumidor con tal facilidad, dado que habrá de acreditar (en caso de que incumpla el profesional) el concreto perjuicio sufrido, su relación de causalidad con el incumplimiento resolutorio imputable al empresario, y su cuantía; por ello, la estipulación que examinamos puede suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que sea contraria a las exigencias de la buena fe, como ha reconocido el Tribunal Supremo, que, no obstante, matiza que esa diferencia de trato puede superar el control de contenido, basado en la cláusula general de abusividad, “si está justificada de un modo razonable”⁹².

Esa justificación razonable exige, según el TS, que sean diferentes los daños y perjuicios que para una y otra se deriven del incumplimiento⁹³. No puede compartirse por dos razones:

- i) El enjuiciamiento de abusividad conforme a la cláusula general *ex art. 82 TRLCU* debe realizarse, tal como prevé su *aptdo. 3*, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes *en el momento de la celebración del contrato*. Este examen no puede ser confundido o extendido al control de hipótesis postcontractuales⁹⁴.
- ii) La comparación entre los quebrantos patrimoniales de una y otra parte supone una desviación, no solo del momento, sino también del *parámetro* conforme al cual habría que valorar si el constatado desequilibrio está o no justificado, cual es la *buena fe*.

fuera improbable, habría un equilibrio solo aparente que encubriría una estipulación contractual (la de retención por incumplimiento del comprador) perjudicial para el consumidor.

⁹² STS 15.4.2014, FJ 3º, pto. 11, reproducido en SSTS 21.4.2014 y 24.11.2014, FFJJ 2º y 7º respectivamente.

⁹³ Según la STS 15.4.2014 (FJ 3º, pto. 12, reproducido en las SSTS 21.4.2014, FJ 2º, y 24.11.2014, FJ 7º), el quebranto patrimonial para el vendedor predisponente es “relativamente *homogéneo*”, según las hipótesis que la sentencia discrecionalmente establece (posible pérdida de la comisión pagada al mediador, pago de gastos de comunidad e intereses que pudieran derivarse del préstamo hipotecario, declive del mercado inmobiliario), mientras que para el comprador es *variable* en orden a otras circunstancias, también enumeradas a discreción por la sentencia (coste de oportunidad, pago de alquiler, coste de financiación, auge del mercado); concluyendo que, como el quebranto patrimonial del comprador comporta una difícil estandarización de su indemnización por incumplimiento del vendedor, dificultad que no se aprecia en la de este último para el caso inverso, estaría justificada la diferencia de tratamiento contractual en beneficio exclusivo del predisponente.

⁹⁴ Vid., al respecto, el voto particular de las SSTS 15.4.2014 y 21.4.2014, FJ 2º, pto. 3; señalando su pto. 4 que las circunstancias tomadas en cuenta por sendas sentencias para justificar la diferencia de trato contractual quedan fuera del ámbito de aplicación metodológico del art. 82.3 TRLCU.

Atendiendo a los criterios generales proporcionados por la jurisprudencia comunitaria para determinar si una estipulación contractual es abusiva conforme al art. 3 Dir. 93/13 (cuyo trasunto es el art. 82 TRLCU), tendríamos en primer lugar que, de un examen comparativo con la regulación legal supletoria resulta que la estipulación cuestionada, predispuesta en exclusivo beneficio del empresario sin contrapartida alguna, genera un desequilibrio en detrimento del consumidor⁹⁵. Constatado este primer elemento configurador del carácter abusivo, habrá que analizar en segundo lugar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de forma leal al consumidor, este hubiera aceptado la cláusula en el marco de una negociación individual; esto es, el criterio para determinar si la introducción de la cláusula, generadora del desequilibrio, está justificada o si contraviene la buena fe.

Dado que de este segundo examen difícilmente pueda sostenerse que el consumidor hubiera consentido la cláusula, máxime si no existe una correlativa a su favor que sea efectiva, cabría entender que el profesional no actuó de buena fe al predisponerla e imponerla (escenario en que se contrató), porque razonablemente no podía considerar que en un escenario distinto (con negociación individualizada) se hubiera aceptado dicha cláusula. Siendo así, la alteración del equilibrio que esta provocase resultaría abusiva por contraria a las exigencias de la buena fe.

En conclusión, cabe un contraste directo del pacto de retención con la previsión del art. 85.6 TRLCU, de manera que será abusivo, por vincular el incumplimiento resolutorio del consumidor y correspondiente indemnización del empresario a la voluntad de este, si la retención es desproporcionada. Y ello con independencia de que pueda resultar (también, como refuerzo, o subsidiariamente) declarada su abusividad por contraste con la cláusula general *ex* art. 82 TRLCU de acuerdo a los criterios antes señalados.

⁹⁵ A falta de pacto sobre la indemnización por incumplimiento resolutorio, cada parte habría de probar su nexo con el daño y la cuantía de este a reclamar, de manera que la cláusula de retención alteraría los derechos y obligaciones (referidos al incumplimiento del contrato pero latentes desde la perfección y por ende objetivable su ejercicio por contraste entre la reglamentación legal y la contractual presente en el momento de la celebración), pues por dicha cláusula el profesional se ve de facto indemnizado (derecho a retener, haciendo ya suyo lo entregado), forzando así al consumidor a pleitear: para devolución de lo entregado y retenido por el profesional si entiende que su resolución no es ajustada a derecho, o, de incumplir el vendedor, para que, además de recuperar lo entregado (efecto restitutorio de la resolución cuya declaración pida el comprador), sea indemnizado en su caso, debiendo entonces cargar con aquellas exigencias probatorias de las que está eximido el empresario por virtud de la cláusula penal.

4.3.3. Alteraciones durante la construcción: facultad de modificación unilateral y declaración de conformidad predispuesta

A) Visión panorámica y derecho de información

En la compraventa de viviendas, sobre todo las de nueva construcción, son frecuentes las reclamaciones de los compradores basadas en que la vivienda puesta a disposición no se ajusta exactamente a lo previsto en el contrato, del que son complementarios el proyecto de obra y memoria de calidades inicialmente ofertados, los cuales, por ende, forman parte del contenido contractual.

Las eventuales divergencias se tratan de salvar incluyendo cláusulas que, o bien directamente autorizan al profesional vendedor a efectuar modificaciones en lo proyectado sin consentimiento individualizado del comprador, o bien eliminan la posibilidad de que este exija el correcto cumplimiento vía declaración de conformidad a lo que le va a ser entregado⁹⁶, emisión de beneplácito supuestamente realizada por aquel pero redactada por el vendedor que, en tanto no refleje la realidad –pudiendo por esto solo ser considerada abusiva la cláusula de conformidad, de ahí el tratamiento diferenciado que haremos–, supone en la práctica el mismo efecto que la estipulación en que el profesional se reserva expresamente facultades de modificación unilateral⁹⁷.

Téngase en cuenta que las alteraciones durante la ejecución de obra pueden responder a la necesidad de adecuar el proceso constructivo a imprevistos que vayan surgiendo en la complejidad técnica que lo caracteriza, por lo que será necesario analizar si las eventuales variaciones de proyecto y calidades, aparentemente consentidas (directa o veladamente), están justificadas de forma válida so pena de incurrir en abusividad las estipulaciones en que pretendan ampararse.

La cuestión no es baladí, pues está en juego una posible discordancia entre lo inicialmente previsto por el comprador al contratar y el resultado final, escenario agravado por la circunstancia de que en la adquisición de vivienda sobre plano o en

⁹⁶ V.g., cláusula prerredactada en que el comprador acepta como determinante, en cuanto a acabados, el certificado final de obra que suscriba la Dirección Facultativa de la misma, de manera que no podrá efectuar reclamación alguna en este sentido; o cláusula más genérica, bien anexada a posteriori en el contrato privado, bien incorporada a la escritura pública de venta, en que aquel declara conocer y aceptar el estado físico de la obra, o que la recibe a su plena satisfacción, renunciando con ello a reclamar al vendedor la posible diferencia con respecto a planos y memoria.

⁹⁷ En este sentido, SABORIDO SÁNCHEZ, P., “Cláusula de declaración de conformidad por el comprador sobre el bien inmueble, en contrato de compraventa con condiciones generales”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 170.

construcción no existe, dado su carácter de *emptio rei speratae*, una perfecta representación del objeto resultante del proceso edificatorio, de ahí la importancia que tiene en el *iter* formativo de este tipo de compraventa la información que se suministra al consumidor. En este sentido, la protección que se le dispensa vía examen de abusividad se completa, en el campo de la adquisición de vivienda, con una regulación sobre información previa y coetánea a la contratación, que, como vamos a explicar sintéticamente, no va acompañada de sanciones cuya eficacia práctica sea comparable a la establecida para el uso de clausulado abusivo.

Mucho antes de que la primigenia LCU -1984- consagrara como un derecho básico de los consumidores y usuarios la información correcta sobre los productos y servicios⁹⁸ (vigente art. 8.d TRLCU), la Ley 57/1968, de 27 de julio, *sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas* (en adelante, Ley 57/68), ya imponía -y sigue haciéndolo la DA 1ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, en adelante, LOE- al promotor la obligación de reflejar en la publicidad de las viviendas sobre plano o en fase constructiva el ajuste a lo previsto en dicha ley⁹⁹. La necesidad de regulación sistemática de la información suministrada al comprador en la fase previa o al menos coetánea a la celebración del contrato, aspecto no regulado en profundidad por la normativa de 1968¹⁰⁰, tuvo su reflejo en el RD 515/1989, de 21 de abril, *sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas*¹⁰¹ (en adelante, RD 515/1989), de aplicación supletoria

⁹⁸ Respecto a este derecho, señala ORTÍ VALLEJO, A ("Comentario al artículo 13", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R./SALAS HERNÁNDEZ, J. [coords.], *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 397 y ss.) que se desarrolla en dos fases: una tiene como objetivo la formación del consentimiento, otra está orientada a la conclusión del contrato, y en ambas la finalidad esencial es suministrar la información suficiente al consumidor a fin de que pueda conformar su voluntad sobre la adecuación del producto o servicio a sus necesidades, facilitándole todos los datos necesarios para ello.

⁹⁹ Art. 5, suministrando al adquirente la información necesaria y correcta en cuanto a la contratación con sujeción a los requisitos de la Ley especial, haciendo expresa mención del garante y depositario de las cantidades que se anticiparán por el comprador. Tal previsión, haciendo referencia no ya a la Ley 57/58 sino a la LOE (que contempla sustancialmente los requisitos de aquella), se encuentra en la DA 1ª, aptdo. seis, LOE, según redacción dada por Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante, Ley 20/2015), que además introduce una DD 3ª en la LOE, cuy a letra a) deroga la Ley 57/68, con efectos desde el 1.1.2016.

¹⁰⁰ Además de la citada Ley 57/68, la Orden de 5 de octubre de 1968, *sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial*, regulaba el modo específico en que los datos de obligatoria inserción habrían de aparecer en la publicidad; y en cuanto a las viviendas de protección oficial, el Decreto 2114/1968, de 14 de julio, establecía (art. 113) que la publicidad tendría que indicar el precio total de la vivienda si se hubiese otorgado calificación definitiva, y, en su caso, la indicación de si estaba autorizado el cobro de cantidades a cuenta del precio.

¹⁰¹ Cuyos arts. 4-7 establecen que quienes realicen actividades empresariales sobre promoción, venta y arrendamiento de viviendas con consumidores (art. 1), han de ofrecer, ya en el propio contrato ya en documentos a disposición de aquellos, determinada información relativa a los datos del empresario,

respecto de aquellas Comunidades Autónomas con plena competencia en materia de defensa del consumidor y usuario¹⁰², como Andalucía, una de las primeras en aprobar su propia norma en esta materia, cual era la Ley 5/1985, de 8 de julio, derogada por la actual Ley 13/2003, de 17 de diciembre, *de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía*, cuyo art. 16.a) contempla el mandato de adopción de medidas eficaces por parte de las Administraciones Públicas andaluzas dirigidas a “facilitar a los consumidores toda clase de información sobre materias o aspectos que les afecten o interesen directamente y, de modo particular, sobre la construcción de viviendas”; mandato en cuyo cumplimiento se aprobó, por Decreto 218/2005, de 11 de octubre, el *Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía* (en adelante, RICVA).

El citado RD 515/1989 vino a desarrollar el art. 13 LCU¹⁰³, cuyo aptdo. 1 comprendía un deber genérico de información (trasunto del cual es el previsto en art. 18.2 TRLCU¹⁰⁴, extendido vía art. 60 TRLCU¹⁰⁵, precepto marco de los deberes

autorizaciones de construcción, descripción de la vivienda, su precio o renta, materiales empleados, formalización de la garantías exigidas por la Ley 57/68, etc. Muchas de estas previsiones se encuentran, si bien con carácter general, en el art. 60.2 TRLCU.

¹⁰² Salvo los aptdos. 2 y 10 del art. 3, que tendrán aplicación en todo el Estado en virtud de lo dispuesto en la regla 8ª del art. 149.1 CE, según establece la DA 2ª del RD 515/1989.

¹⁰³ SILLERO CROVETTO, B., “El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 34 y doctrina citada en n. 28.

¹⁰⁴ Disponía el art. 13.1 LCU que “Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales...”. Su redacción no sufrió modificación con la llegada de la LCGC, mas la entrada en vigor del TRLCU supuso que ese deber genérico de información, no dirigido a ningún sujeto en particular, pasara a formularse así: “Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales...”, según reza el art. 18.2 TRLCU, manteniendo el particular contenido informativo ex art. 13.1 LCU, letras a), c), e) y f), que se corresponden, respectivamente, con las letras b), c), d) y e) del precepto del Texto Refundido, que realmente es un híbrido de los aptdos. 1 y 2, primer inciso, del art. 13 LCU.

¹⁰⁵ Que, relativo a la información previa al contrato, reza en su aptdo. 1 que “Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”, disponiendo su aptdo. 2 que “Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:...”, con un elenco informativo en sus letras a) a k). Antes de su reforma por Ley 3/2014, que aumentó el contenido de esos deberes, ya apuntaba CÁMARA LAPUENTE, S., “Artículo 60. Información previa al contrato”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a los Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2011, p. 494, que a pesar de los inconvenientes que presenta todo sistema de elencos de requisitos informativos, su complemento con una cláusula general y una remisión

informativos en esta sede), concretado para la primera transmisión de viviendas en su aptdo. 2, obligando en tal supuesto al vendedor a facilitar al comprador determinada documentación¹⁰⁶, lo mismo que dispone con carácter complementario el vigente art. 64 TRLCU remitiendo a la documentación prevista en la LOE o norma autonómica que resulte aplicable.

Las normas mencionadas o bien no contienen una sanción concreta para el incumplimiento de los deberes informativos que establecen, o bien prevén la imposición de meras *multas administrativas* para el infractor¹⁰⁷ (quien quizás prefiera exponerse antes de que lo ofertado le resulte vinculante, *ex art. 61 TRLCU*¹⁰⁸), que, con independencia del teórico efecto disuasorio general, en nada solucionan la posición del consumidor cuyo derecho de información haya sido vulnerado. Este podría invocar tal circunstancia ante los Tribunales vía remedios de Derecho común (responsabilidad precontractual o contractual, con la carga de probar la existencia de un daño, o la anulabilidad por error, con el problema de su esencialidad), entre los que no se encuentra, para la teoría general del contrato, la resolución por incumplimiento del deber de información, que de todas formas conllevaría la “pérdida” del bien adquirido.

normativa dota al art. 60 TRLCU de la suficiente flexibilidad para su aplicación a cualquier contrato de consumo.

¹⁰⁶ “En la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo”.

¹⁰⁷ El art. 6.1 Ley 57/68 disponía que “el incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en esta Ley será sancionado con una multa por cada infracción, que será impuesta conforme a las normas previstas en la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales de Justicia”. La DA 1ª LOE, aptdo. siete, sigue previendo la imposición de multas de esta naturaleza, con remisión a la normativa autonómica. En el caso andaluz, el art. 15 del citado *Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía* remite, para las infracciones de lo dispuesto en el Reglamento, a la también citada Ley 13/2003, cuyo art. 73 solo contempla la imposición de multas o amonestaciones. Por su parte, el mencionado RD 515/1989 no establece ningún tipo de sanción por el incumplimiento de la información requerida, y el TRLCU, salvo el supuesto de falta de proporción de la información de forma escrita exigida por arts. 98.7 y 99.2 para los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento (falta que sanciona el art. 100 con la posibilidad de anulación contractual a instancia del consumidor por vía de acción o excepción), no contempla más sanción que la administrativa (grave, art. 50.2) respecto a la contratación a distancia, al prever que constituye infracción “El incumplimiento de las obligaciones que la regulación de contratos celebrados a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor y usuario” (art. 49.2.b).

¹⁰⁸ Que, como es sabido, contiene la regla de la integración publicitaria, aplicable a toda contratación con consumidores, incluida la promoción inmobiliaria. Con respecto a dicha regla, asimismo sustentada en la interpretación del art. 1258 CC, INFANTE RUIZ, F.J., ““La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria”, en PARRA LUCÁN, M.A. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, p. 265, señala que, comparado con el Derecho comunitario, inclusive la CESL, el Derecho español resulta más protector del consumidor; para su análisis comparativo desde la exégesis, también con referencia a otros ordenamientos europeos e instrumentos de modernización, vid. ib. pp. 219-264.

Al final constatamos que la falta de información se reconduce a atacar la abusividad del clausulado (luego sanción de su nulidad) que guarde relación con la información omitida, y ello vía control de transparencia, que, como ya sabemos, es de construcción doctrinal y jurisprudencial. En tanto que no se encuentra expresamente positivizado, habrá que estar a la delimitación que de dicho control ha realizado nuestro TS, esto es, falta de transparencia de las prestaciones principales.

Por tanto, si las variaciones en lo proyectado durante la ejecución de obra conllevasen un incremento del precio, la posible traba al examen de abusividad de las cláusulas en que se pretenda amparar el coste final de la vivienda (en nuestro caso, estipulaciones que sin negociación individual facultan al predisponente a realizar modificaciones sobre lo convenido –cláusula de reserva de variación unilateral– o busquen recabar un aparente consentimiento a las efectuadas –cláusula de conformidad–) podría salvarse aduciendo falta de completa información al respecto¹⁰⁹.

B) Potestad reservada de variación

Que el profesional vendedor se reserve la facultad de hacer modificados o reformados de obra sobre el proyecto original –con la consiguiente repercusión sobre el resultado inicialmente convenido– disponiendo una cláusula en que el comprador le autorice *ad hoc*, no siempre merece reproche desde la perspectiva tuitiva del consumidor. De hecho, el art. 85.3 TRLCU viene a admitir la facultad de modificación contractual unilateral por el empresario siempre y cuando concurran motivos válidos y estén especificados en el contrato, previendo el carácter abusivo en caso contrario.

La *validez y especificación* del motivo de variación, efectuada en ejercicio de tal facultad potestativa, parecen determinar *a priori* la frontera legal que separa licitud y abusividad de dicha cláusula. La mencionada “validez” exige: i) *objetividad*, debiendo tratarse de circunstancias ajenas al libre albedrío del profesional y que, además, no supongan trasladar al consumidor la esfera de riesgo asumida por aquel¹¹⁰; ii) *justificación*, no solo del motivo en sí mismo considerado, sino en atención a que sea

¹⁰⁹ En la medida en que la potestad unilateral del profesional o la supuesta conformidad del consumidor recabada con respecto a las modificaciones realizadas incidan sobre el objeto principal del contrato, tales cláusulas tendrán que cumplir las exigencias acentuadas de transparencia.

¹¹⁰ En tal sentido habrá de considerarse si se trata de circunstancias previsibles desde el inicio, y si, en cualquier caso, se ha facilitado la información precisa al consumidor sobre el motivo de la eventual variación y sus consecuencias (GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit., 2009, “Art. 85”, p. 1015).

razonable una modificación unilateral en vez de buscar una solución bilateral¹¹¹. Por su parte, la “especificación” del motivo exige su plasmación contractual de manera no genérica, pues la utilización de expresiones vagas impide al consumidor conocer la causa y el alcance de la variación¹¹²; además, como ha señalado el TS, la atribución de facultades amplias y plenamente abiertas para modificar la construcción conculca el art. 1256 CC, al no referirse a posibles alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminen toda eventual situación de efectiva merma funcional¹¹³.

Dado que tales requisitos de licitud han de darse de forma cumulativa, *a sensu contrario* podría subsumirse en aquella previsión específica de la lista negra la cláusula por la que el vendedor se reserve la facultad de modificación, cuando esta responda a

¹¹¹ Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *ibid.* Estaría así justificada la alteración por razones técnicas, derivadas del desarrollo de la obra, que sea de mínima entidad, por entenderse de buena fe inocua para la satisfacción del comprador; v.g., no es lo mismo un cambio de color en la carpintería exterior del edificio que no suponga merma de calidad (en este sentido, SAP Tarragona 27.10.1997, FJ 3º), que cambiar una puerta que debía ser blindada por una maciza que, objetivamente, no tiene las mismas prestaciones de seguridad (así, SAP Barcelona 22.5.2003, FJ 3º). Para FERRER RIBA, J. (“DA 1ª, cláusula 2ª”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [coord.], *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 1002-1004) hay que atender a los efectos que la modificación pueda causar en el contenido contractual, de modo que mediante una valoración previa se pueda garantizar razonablemente que una eventual variación no va a empeorar la posición de un adherente típico en el momento anterior a la misma.

¹¹² Téngase también presente que con expresiones tales como “modificaciones que vengan motivadas por exigencias técnicas” a menudo se busca obtener “carta blanca” para acometer cambios que luego se escuden en supuestas decisiones de la dirección facultativa. Así lo entendió, por ejemplo, la SAP Madrid 21.7.2011 (FJ 5º) considerando abusiva la cláusula que facultaba al promotor a hacer modificaciones por “razones técnicas”, en cuyo ejercicio se pretendía amparar un cambio de parquet de roble por tarima con acabado en plástico, suponiendo un empeoramiento de la calidad del solado perjudicial para el comprador de la vivienda. Además, una cosa es que haya alteraciones por decisión justificada del arquitecto director de obra y otra bien distinta es que respondan a decisiones del propio promotor de acuerdo con dicho director, elegido este último, no por el comprador, que normalmente no tiene ocasión de pactar tal extremo, sino por el promotor, existiendo entre ellos una dependencia al menos económica; en este sentido, SAP Salamanca 15.3.2010, FJ 2º.

¹¹³ STS 4.12.1998, FJ 5º, teniendo presente la situación desventajosa de los compradores al efectuar la compraventa, no de elementos ya edificados, sino en periodo de construcción, “con lo que el resultado final se les presentaba incierto, al emprender esta aventura contractual basándose en la buena fe de la vendedora que no respondió a sus expectativas fundadas en la oferta publicitaria y clausulado contractual”. Haciéndose eco de esta doctrina, la SAP Santa Cruz de Tenerife 17.11.2003, FJ 2º, entiende inadmisibile la amplitud de facultades reservadas al promotor, pues “en las ventas sobre plano de viviendas en construcción, éstas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación; en ellas, el consentimiento contractual se otorga en contemplación de las características de orientación, configuración, distribución, superficie, etc., resultantes del plano incorporado al contrato, que en estos casos no solo tiene una función descriptiva del objeto contractual, sino que ejerce también un papel objetivamente normativo para el promotor vendedor en cuanto a la obligación de entregar la posesión inherente a la compraventa, a la que se halla en tales casos indisolublemente unida, como premisa o presupuesto de su exacto cumplimiento, la de ejecutar u ordenar ejecutar la obra de modo que las viviendas construidas se ajusten a las previsiones del plano incorporado al contrato”.

la discrecionalidad de aquel y en su exclusivo beneficio, por pretender ampararse en motivos no debidamente justificados o que, aun pudiendo estarlos en abstracto, no consten en el contrato con la suficiente nitidez, adoleciendo de imprecisión o vaguedad, pues en tales casos cabría entender que dicha cláusula vincula el contrato a la voluntad del profesional, no solo por caer en el art. 85.3 sino también bajo el prisma del art. 85.11 TRLCU¹¹⁴, en el sentido de que con tal cláusula el profesional se reserva tanto la potestad de modificar el contrato como la de decidir, en definitiva, si el resultado final se ajusta a lo inicialmente convenido.

Ahora bien, ¿podría matizarse la eventual consideración de abusividad en atención a factores exógenos al tenor de la cláusula cuestionada? Estamos pensando, por un lado, en el concreto alcance de su ejercicio; por otro, en el resto de condiciones contractuales. *En cuanto a lo primero*, pongámonos en la hipótesis de que la alteración respecto a lo inicialmente proyectado afecte a anexos de la vivienda (v.g., plaza de garaje) o elementos comunes del conjunto residencial en que aquella se encuentra (v.g., jardines, piscinas, etc.). Tal variación no parece tener *a priori* el mismo calado que la que incide directamente sobre la propia vivienda, pero téngase presente que tales elementos forman parte de lo ofertado –por tanto del contenido contractual– y son objeto de valoración por el comprador, ya sea de entender importante disponer de ciertos servicios a la hora de adquirir una u otra vivienda, ya sea por la objetiva repercusión que los mismos tienen en el precio de adquisición y ulteriores gastos de mantenimiento¹¹⁵. En consecuencia, el mismo tratamiento ha de recibir, a nuestro parecer, la alteración que afecte a la superficie, distribución o calidades de la vivienda, como la que alcance a su configuración en conjunto¹¹⁶, y por ende no cabría mitigar el

¹¹⁴ Apunta esta relación, refiriéndose al ordinal 8 DA 1ª LCU, DIÉGUEZ OLIVA, R., “La reserva por parte del predisponente de facultades de modificación unilateral del contrato”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 114.

¹¹⁵ En este sentido, DIÉGUEZ OLIVA, op. cit., p. 110 y resoluciones citadas.

¹¹⁶ Esto es, vivienda en sí misma y elementos privativos o comunes. Desde esta perspectiva podríamos hablar de una configuración estricta, atinente a planos y calidades de puertas para adentro, y de otra amplia, que incorporaría también lo relativo a aquellos elementos. Resulta interesante el tratamiento que da el art. 20 Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, a las modificaciones en caso de viviendas sobre plano o en construcción: establece que “las modificaciones que se realicen durante el proceso constructivo, salvo que sean consentidas expresamente por todas las personas compradoras, en ningún caso podrán consistir en la *supresión de servicios previstos*, en la imposición de nuevas cargas o gravámenes, en la alteración de la *distribución de espacios en elementos de aprovechamiento común o privativo*, en la creación de nuevos espacios constructivos, en el cambio de naturaleza jurídica de algunos de los ya configurados o en la constitución de ámbitos de comunidad, distintos de los contemplados en el proyecto técnico de obra, con edificios con los que se forme un complejo inmobiliario” (aptdo. 2); que la escritura de división horizontal que el promotor otorgue sin intervención de los compradores no podrá amparar “alteraciones sustanciales del proyecto técnico existente en el momento de perfeccionarse los contratos ni introducir

posible carácter abusivo de la cláusula en cuyo ejercicio se pretendiera amparar esta última variación.

En cuanto a lo segundo (resto del contrato), la ocasional presencia de estipulaciones que aparentemente compensan el ejercicio de la facultad reservada de variación, como por ejemplo la cláusula que conceda al consumidor la posibilidad de apartarse del contrato como alternativa a la variación operada por el profesional, no nos parece que venga a sanar la eventual abusividad de la cláusula de modificación unilateral dado que, por un lado, se estaría colocando al consumidor en la tesitura de aceptar la modificación o sacrificar su interés en la prestación, y, por otro, de optar por la desvinculación se produciría de facto una renuncia a reclamar por desajuste de lo convenido, limitándose así indirectamente sus remedios por incumplimiento del profesional, en contravención con el art. 86.1 TRLCU¹¹⁷.

C) Emisión de irreal aquiescencia

Con independencia de que, como antes explicamos, pueda subsumirse en el supuesto previsto en el art. 85.3 TRLCU, la cláusula predispuesta por el profesional que refleje una declaración de conformidad del consumidor respecto a lo realizado por aquel (esto es, aprobación de la prestación del vendedor en nuestro caso) es sancionada como abusiva por el art. 89.1 TRLCU cuando tal conformidad sea sobre “hechos ficticios”.

Antes de analizar el alcance de esta expresión empleada por el legislador, reparemos en la doble finalidad que tiene la cláusula en cuestión; en tanto que por ella el consumidor declara conforme con su interés la prestación del empresario -incluidas eventuales modificaciones sobre las características del bien-, se pretende imputar a aquel una declaración de voluntad que sirva al profesional como:

- i) Prueba del cumplimiento de sus obligaciones, lo que ya de por sí entroncaría con la previsión del art. 88.2 TRLCU, dado que se busca convertir la firma de la cláusula (atribuyendo un valor declarativo a un

cláusulas que minoren los derechos de las personas compradoras sobre los *elementos comunes o privativos* o que alteren el contenido contractual pactado” (aptdo. 4); y lo que es más interesante, prevé que el incumplimiento de estas disposiciones *facultará al comprador para resolver el contrato* (aptdo. 5).

¹¹⁷ En este sentido, aunque matizado al caso dudoso y en función de la causa de variación y su trascendencia sobre el contrato, GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit., 2009, “Art. 85”, p. 1016, n. 185.

comportamiento que no lo tiene) en prueba suficiente de la observancia de deberes cuya cumplida justificación corresponde al profesional¹¹⁸.

- ii) Renuncia del consumidor a exigir la responsabilidad del profesional por defectuoso cumplimiento de la prestación (exclusión o limitación de derechos considerada abusiva por el art. 86.1 TRLCU), pretendida exoneración por cualidades y calidades distintas de las acordadas mas no por vicios ocultos salvo pacto expreso al respecto¹¹⁹.

Ahora bien, su configuración como abusiva en el mencionado art. 89.1 requiere la irrealidad del hecho que en la cláusula de conformidad se afirma. Dado que el tenor de la norma proyecta su significado sobre la fase de ejecución¹²⁰, se tratará de estipulaciones que usualmente figuran no tanto de inicio en el contrato privado de compraventa, sino a posteriori, en la mayoría de casos al elevar a público la venta en la escritura que se otorga con valor de tradición, donde se hace constar que el comprador declara conocer y aceptar el estado físico de la vivienda, y/o que la recibe a su plena satisfacción.

El *hecho ficticio* puede consistir en no haberse puesto a disposición del consumidor la vivienda para su previa inspección, de modo que resulta imposible emitir conformidad sobre la exactitud de la prestación del profesional¹²¹. Si no hay análisis no puede haber contraste entre lo convenido y lo que se entrega, por lo que tampoco será real la declaración de conformidad recogida en la cláusula cuando el comprador no haya examinado la vivienda habiéndosele ofrecido esta posibilidad¹²². Desde otra perspectiva, si se interpretara que el hecho ficticio va referido a la satisfacción misma del interés del consumidor (esto es, se declara conforme con la

¹¹⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit., 2009, "Art. 89", p. 1111 y doctrina citada en n. 443.

¹¹⁹ Como señala SABORIDO (op. cit., p. 166) la reglamentación específica de los defectos o vicios ocultos exigiría, en orden a buscar la exoneración de responsabilidad por los mismos, complementar la cláusula de conformidad con otra al usiva a la renuncia del derecho a reclamar por tales defectos.

¹²⁰ De hecho, todos los supuestos del art. 89 TRLCU se refieren a la afectación, bien del perfeccionamiento, bien, como en el caso que nos ocupa, de la ejecución o cumplimiento del contrato.

¹²¹ Téngase presente que la inspección, a efectos de emitir una real conformidad sobre el bien, debe acontecer cuando la vivienda esté terminada porque solo entonces es posible comprobar el ajuste entre lo pactado y el resultado final. Por tanto, si a la fecha en que se firmó la cláusula la vivienda no se encontraba totalmente acabada, mal puede decirse que el comprador se hallaba conforme con su situación y calidades; en este sentido, encuadrando la estipulación como declaración de conformidad sobre hecho ficticio, la SAP Barcelona 22.5.2003, FJ 2º.

¹²² La falta de examen puede obedecer a causa justificada para el consumidor (de forma objetiva, v.g., enfermedad, o más subjetiva, v.g., distancia con el lugar de residencia) o directamente a su pasividad, mas entendemos que incluso esto último no puede ser utilizado por el vendedor para suplantar su voluntad expresando una circunstancia que no ha llegado a producirse, que de hecho es lo que sanciona la norma.

prestación del profesional cuando realmente no lo está), sería posible la alegación de abusividad aun cuando haya existido inspección de la vivienda¹²³, si bien condicionada a la prueba del defectuoso cumplimiento de la prestación¹²⁴.

Yendo más allá, ¿qué ocurriría si, existiendo análisis, este no hubiera bastado para que el consumidor reparase en ciertos defectos no ocultos? En tal supuesto no habría falsedad en la cláusula por lo que respecta a la comprobación física de la vivienda, mas si determinadas características no son apreciables de forma inmediata (v.g., la altura de los techos¹²⁵), una somera y única inspección resultaría insuficiente para que el consumidor pudiera dar su conformidad *plena* a la prestación realizada, que es lo que refleja la cláusula, de modo que esta mostraría una realidad tan solo parcial.

Aunque pudiera dudarse del encaje de este caso en la previsión del art. 89.1 TRLCU, pues en puridad no estaríamos ante un hecho “ficticio” (*rectius*, radicalmente falso¹²⁶) sino “insuficiente” (locución que constaba en el PLCGC¹²⁷), parece claro que no se ajustaría a la buena fe el tratar de preconstituir prueba del exacto cumplimiento incluyendo el profesional una cláusula de conformidad a pesar de conocer: i) la existencia de defectos que contradicen lo proyectado; ii) que tales defectos pasarían seguramente inadvertidos en una inspección del consumidor, no por estar físicamente

¹²³ Lo ficticio no sería el examen, sino que, tras este, el consumidor no es favorable al resultado, pese a lo cual la cláusula refleja su entera satisfacción. Aunque pudiera pensarse que en tal caso difícilmente firme el consumidor la cláusula de conformidad, la práctica demuestra que ello acontece junto con el resto de estipulaciones, especialmente ante la promesa del vendedor de acometer posteriores repasos.

¹²⁴ Cfr. SABORIDO, op. cit., p. 169.

¹²⁵ En este sentido, la STS 17.10.2005, FJ 3º, afirmando que la cláusula de conformidad no excluye la reclamación del consumidor porque la inspección efectuada por este no permitía apreciar de forma inmediata el defecto (altura de techos, disconforme con el proyecto).

¹²⁶ La cuestión sería entonces si la norma exige, en orden a la consideración de abusividad, una ficción total, o si cualquier grado menor también entraría dentro de la previsión legal; dicho de otro modo, ¿una realidad parcial sanaría la parte falsa de la cláusula? La respuesta sería claramente negativa de haberse mantenido la alusión a la *insuficiencia de los hechos* que aparecía en los antecedentes de la LCGC: primero en solitario (art. 16 Anteproyecto: “*Las cláusulas de condiciones generales no podrán contener declaraciones de recepción o conformidad con la prestación debida por el predisponente ni otras manifestaciones de aprobación de su conducta o actuación que se funden en hechos insuficientes para justificarla*”) y después junto a la ficción de los hechos, de modo alternativo (Proyecto de 1997: vid. nota *infra*).

¹²⁷ Contemplaba la cláusula 20ª DA 1ª del PLCGC “las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos *insuficientes* o ficticios”. La supresión de esta expresión se debió a la enmienda nº 107, del Grupo Parlamentario Catalán, que justificaba su eliminación porque “*resulta ininteligible, además de no figurar tampoco el supuesto legal entre las cláusulas abusivas de la Directiva 93/13/CEE*” (BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 78-6, de 23.10.1997, p. 49). El primer argumento califica por sí solo la altura jurídica de los iltres parlamentarios; la endeblez del segundo es pasmosa pues siguiendo su lógica tendría que haberse eliminado tanto la declaración de conformidad sobre hechos insuficientes como la de hechos ficticios, porque esto último tampoco aparece en el Anexo de la Dir. 93/13.

ocultos –la ocultación sería informativa–, sino porque aquella exige para ponerlos de relieve una exhaustividad impropia de un primer análisis de la vivienda. Ello unido al desequilibrio que supondría dicha cláusula en perjuicio del consumidor, llevaría a sostener su inoperatividad ante una eventual reclamación indemnizatoria por defectuoso cumplimiento del vendedor, habida cuenta del contraste, si no con el art. 89.1, con el supuesto del art. 86.1 TRLCU o con la cláusula general de abusividad.

4.3.4. Plazo de entrega de la vivienda

A) Acerca de la esencialidad de la puntual entrega y el control de abusividad

En toda compraventa la obligación principal del vendedor, la entrega del bien, ha de quedar configurada, al igual que la del comprador de pagar el precio, respecto a un momento temporal concreto, cuando ambas no deban cumplirse inmediatamente tras el perfeccionamiento contractual. Tratándose de una compraventa de vivienda, especialmente cuando está en planificación o construcción, la determinación del tiempo de la entrega adquiere gran relevancia para el comprador, máxime si va a destinar aquella a residencia habitual, pues ha de hacer previsiones de considerable trascendencia económica en relación con la disponibilidad de la vivienda comprada¹²⁸.

La preocupación del legislador por este aspecto se ha centrado mayormente en la fase precontractual, estableciendo la obligación del empresario de indicar con precisión la fecha de entrega de las viviendas que promoció, como información previa a proporcionar al adquirente. A nivel estatal, el art. 5.5 RD 515/1989 exige que en la promoción de viviendas que no estén totalmente edificadas se haga *“constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación”*; asimismo, el art. 60.2.d) TRLCU dispone, con carácter general, la relevancia de informar previamente al consumidor sobre *“la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes”*. A nivel autonómico también encontramos previsiones en esta línea, por ejemplo, en Andalucía¹²⁹ quien ofrezca la venta de viviendas en proyecto o en

¹²⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, en AC, nº 14/2005, versión electrónica, BIB 2005\2025, p. 19, señalando en n. 69 que la fecha de entrega puede condicionar el cese del arrendamiento en que estuviera el comprador o la tradición por su parte de la vivienda de su propiedad que haya vendido al creer que dispondrá en esa fecha de la adquirida.

¹²⁹ Además de la norma andaluza, podemos mencionar la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura, cuyo art. 30.2 establece que para formalizar contratos de compraventa, y para recibir cantidades a cuenta de una vivienda que esté en proyecto o en construcción, se considera necesario disponer, entre otros requisitos, de una *“previsión de plazos de terminación y entrega de las viviendas”*. También la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, cuyo

construcción deberá entregar gratuitamente un “documento informativo abreviado” a todo consumidor que solicite información sobre dichas viviendas, documento que incluirá, entre otros extremos, la “*fecha de entrega de la vivienda, sus anejos, zonas comunes o elementos accesorios*” (art. 6.n RICVA).

El problema, como ya apuntamos anteriormente (vid. epígrafe 4.3.3.A), es que esta regulación sobre información previa no va acompañada de sanciones cuya eficacia práctica sea comparable a la establecida para el uso de clausulado abusivo. En concreto, sobre la entrega de viviendas sobre plano en promoción, la inobservancia del deber informativo previo a la contratación sobre plazos de cumplimiento de la prestación es una constante en el mercado inmobiliario español, conocedor el promotor de que las condiciones ofertadas le resultan vinculantes, por mor del art. 61.2 TRLCU.

Es más, aunque se suministrara al consumidor una información precontractual al respecto, incluso si en el contrato se consignara la fecha de entrega, el cumplimiento del plazo referenciado (publicitado y/o estipulado contractualmente) no ha merecido habitualmente la suficiente atención por los promotores inmobiliarios, que vienen considerando la fecha de entrega como meramente indicativa, y de hecho así lo hacen constar muchas veces en el clausulado predispuesto, de manera que ni el promotor ni el propio adquirente (por imposibilidad de negociar el contrato de adhesión) le dan el carácter de *término esencial*¹³⁰, estimándose así que el retraso –en el ámbito constructivo puede cifrarse en meses– no podría fundamentar una reclamación del comprador por incumplimiento contractual¹³¹.

art. 18 prevé, por un lado, que con carácter previo a la consignación o anticipo de alguna cantidad a cuenta del precio final, deberá entregársele por escrito a la persona interesada en adquirir una vivienda, información sobre una serie de cuestiones, entre ellas, “*la previsión de los plazos de finalización y entrega de las viviendas*” (aptdo. 1, letra f); por otro, que los contratos de compraventa se redactarán con cláusulas claras, en las que constarán, como mínimo, las condiciones señaladas en la información para la venta (aptdo. 2).

¹³⁰ Noción formulada por la doctrina alemana como *Fixgeschäfte*, distinguiendo entre *absolute Fixgeschäfte* y *relative Fixgeschäfte* (vid. in extenso SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *La resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004, pp. 203-209 y 268-270), dualidad luego adoptada por la doctrina española bajo la denominación de término esencial absoluto y relativo: vid., por todos, INFANTE RUIZ, F.J., *Contrato y término esencial. Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, 2008, pp. 98-104 y 205. Apunta INFANTE (ib. p. 26) que para apreciar los problemas que suscita el contrato con término esencial debe considerarse este desde la regulación general del cumplimiento y hacia las consecuencias jurídicas del retraso en la ejecución de la prestación principal del deudor.

¹³¹ REBOLLEDO VARELA, A.L. (“Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por el incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado”, en AC-M, nº 6/2005, versión electrónica, BIB 2005\1096, pp. 9-10), apunta el conformismo de los compradores ante lo que parece constituir un inevitable y sistemático incumplimiento del plazo de entrega, que, salvo casos excepcionales

A ello se une que tradicionalmente la jurisprudencia se ha mostrado bastante laxa ante la impuntual realización de la prestación del vendedor, ya sea por: i) inimputabilidad a este del retraso en la entrega, al entenderlo debido a hechos calificados de caso fortuito o fuerza mayor¹³²; ii) considerar que la falta de entrega en plazo, aunque fuere imputable al promotor, no tiene una entidad tal que sea tributaria de una resolución contractual por incumplimiento de aquel. *En cuanto a la primera cuestión*, se observa un gran avance en orden a rechazar la exención de responsabilidad por circunstancias tales como huelgas en el sector de la construcción¹³³, insolvencia de la constructora¹³⁴, retrasos de subcontratistas¹³⁵ o de los servicios municipales en la tramitación de licencias o permisos administrativos¹³⁶, así como fenómenos climatológicos que no sean de magnitud excepcional¹³⁷; circunstancias todas ellas que,

y de retrasos muy importantes, renuncian a reclamar, esperando pacientemente la conclusión y entrega de la vivienda ante un promotor que no siente especialmente vinculado por los plazos convenidos.

¹³² En este sentido, STS 19.6.1986, FJ 3º.

¹³³ Para la STS 18.4.2000, FJ 6º, la huelga de trabajadores no es caso fortuito, dado que la existencia de este requiere, además de la imprevisibilidad, la ausencia de culpa por parte del obligado contractualmente, pues indudablemente concurrió una culpa in eligendo o in vigilando; ni fuerza mayor, que requiere de la existencia de un obstáculo o suceso que siendo extraño a la esfera negocial, sea irresistible o inevitable. Trayéndola a colación respecto a la huelga en la construcción, la SAP Sevilla 29.6.2004, FJ 3º, afirma que no es caso fortuito, pues el constructor incurrió en culpa in eligendo o in vigilando al escoger el personal para realizar la obra, ni fuerza mayor, pues existía la posibilidad de la contratación con otras personas para la realización del trabajo. Igualmente excluyen la conceptualización de caso fortuito o fuerza mayor respecto a las huelgas en este sector, i.a., la SAP Cádiz 19.7.2002, FJ 2º (llega incluso a decir que la huelga ilegal no es algo que incumbe al comprador de la vivienda y que solo atañe a la tolerancia de la promotora y a su gestión empresarial); SAP Sta. Cruz de Tenerife 7.2.2003, FJ 3º; SAP Valencia 16.5.2003, FJ 2º.

¹³⁴ La demora de la constructora en la realización de sus cometidos, por situaciones de insolvencia, no es oponible al comprador que es ajeno a la relación existente entre promotor y constructor, no resultando incardinable en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, pues la responsabilidad del promotor surge *in eligendo* (en la elección del constructor) como *in vigilando* (vigilancia de la obra en construcción, comprobando su desarrollo conforme a los plazos previstos para que su terminación coincidiera con la época pactada por el promotor con sus compradores); en este sentido, ante la suspensión de pagos del constructor, la SAP Cádiz 1.12.2003, FJ 3º, y estando en concurso, la SAP Burgos 30.7.2010, FJ 6º.

¹³⁵ En tal sentido, la SAP Barcelona 17.11.2005, FJ 2º, señala que “la fuerza mayor contemplada en el art. 1105 C.c. para excluir la responsabilidad contractual, requiere para su apreciación “la existencia de un obstáculo que, siendo extraño a la esfera negocial del obligado o deudor, sea totalmente irresistible o inevitable”, circunstancias que no se dan cuando el retraso se debe a otros supuestos retrasos de los subcontratistas de la obra ya que ello supone una culpa in eligendo o in vigilando de la entidad contratista”, entidad que, a su vez, es contratada por el promotor.

¹³⁶ Pues no se trata de hechos imprevisibles sino directamente relacionados con la construcción de viviendas y, por ello, deben ser previstos por quien contrató con los compradores la fecha de entrega de las mismas; los factores técnicos, propios del sector, son perfectamente previsibles como parte integrante y esencial del proceso constructivo y, en consecuencia, evitables con los cálculos oportunos y repercusión en los plazos. Así, v.g., SAP Valencia 16.5.2003, FJ 2º; SAP Cáceres 19.1.2004, FJ 3º; SAP Barcelona 17.11.2005, FJ 2º; SAP Madrid 6.4.2006, FJ 3º; SAP Málaga, 15.10.2009, FJ 3º.

¹³⁷ No es razón justificativa del retraso la climatología sufrida, por presentar el carácter de ordinaria, según la SAP Barcelona 17.11.2005, FJ 2º. Rechaza que la lluvia exonere de responsabilidad, al no acreditarse que fuera de magnitud excepcional y, por tanto, que pueda considerarse imprevisible, la SAP Sevilla 29.6.2004, FJ 3º. Ante las pretendidas lluvias y vientos alegados por el promotor para exonerarse de responsabilidad,

no obstante, son de frecuente inclusión en el clausulado predispuesto por el promotor como pretendida exoneración ante la falta de entrega en la fecha pactada.

En cuanto a la segunda cuestión, la jurisprudencia ha venido considerando, fuera del supuesto poco habitual en que la fecha de entrega se consigne en el contrato con rango de plazo esencial (de suerte que su incumplimiento autorizara su juego como cláusula resolutoria expresa¹³⁸), la falta de puntual entrega como simple mora (ex art. 1100 CC, en su caso con efecto indemnizatorio del art. 1101 CC) más que como incumplimiento resolutorio, calificación esta última que se reservaba en una primera época a la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento¹³⁹, criterio que se fue abandonando de forma progresiva¹⁴⁰, centrándose entonces en la frustración del fin negocial y legítimos intereses de parte¹⁴¹, lo cual se ha ido valorando en función del tiempo transcurrido desde que hubo de efectuarse la entrega, según lo

señala la SAP Valencia 16.5.2003, FJ 2º, la falta de constancia de que las lluvias fueran torrenciales y los vientos de tal entidad que imposibilitaran las tareas edificatorias, las cuales son bastante diversas y muchas de ellas no se ven afectadas por tales circunstancias.

¹³⁸ Así, por ejemplo, la STS 5.12.2002, FJ 3º.

¹³⁹ Entre otras muchas, SSTS 28.2.1980 (Cdo. 5), 11.10.1982 (Cdo. 2), 7.2.1983 (Cdo. 2), 19.6.1986 (FJ 3º), 23.9.1986 (FJ 5º).

¹⁴⁰ Da cuenta de ello la STS 31.10.2006, FJ 5º: *“Algunas sentencias han introducido matizaciones en este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización [...] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002)”. Esta tendencia, como apunta la STS 5.4.2006, FJ 3º, “se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en 1991, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato «cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato», norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124 del Código civil en el momento actual; en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Cizur Menor, 2005, p. 15, señala que las obligaciones no se resuelven porque el incumplimiento haya sido culpable, sino porque la resolución es un remedio perfectamente razonable, o incluso necesario, frente al incumplimiento, sea este culpable o no, y de hecho el art. 1124 CC contempla el incumplimiento pero no su imputabilidad.*

¹⁴¹ Indica REBOLLEDO (op. cit., p. 14) que se hace hincapié en tal frustración para saber cuándo hay mora, en que la entrega del vendedor aunque tardía todavía satisface objetivamente el interés del comprador y, por tanto, solo permite el cumplimiento forzoso con eventual indemnización de daños, y cuando concurre incumplimiento que permite al comprador optar por la resolución contractual, *“en otras palabras, cuando el retraso no causa la frustración del fin perseguido con la celebración del contrato, al no conllevar la inutilidad de la prestación para el acreedor, no estamos ante un supuesto de resolución por incumplimiento sino tan solo de mora”*.

pactado, hasta la interposición de la demanda del comprador precisamente por la falta de entrega en plazo, con diversidad de opiniones judiciales al respecto¹⁴².

La regla general, por tanto, es que el mero retraso en principio, no da lugar a la resolución, cuando no es esencial, ni frustra el fin del contrato ni los intereses de parte; sí da lugar, cuando forma parte esencial del contrato o bien, en sí mismo, aparece como esencial¹⁴³. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente ha examinado si la normativa sobre promoción y venta de viviendas en construcción con percibo de cantidades anticipadas, esto es, la Ley 57/68 (desde el 1.1.2016 solo en DA 1ª LOE), introducía o no alguna especialidad en la relevancia del retraso en la entrega de la vivienda respecto del régimen general del art. 1124 CC sobre resolución contractual por incumplimiento; concretamente, si el art. 3 Ley 57/68 venía a contener un régimen especial para la compraventa de viviendas comprendidas en su ámbito de aplicación que permita al comprador resolver (“rescindir” en términos de tal precepto) por retraso en la entrega *aun cuando tal retraso no sea especialmente intenso o relevante*¹⁴⁴.

Al realizar tal análisis, el TS ha rectificado su anterior doctrina interpretativa de la Ley 57/68 en orden al incumplimiento del plazo de entrega y sus consecuencias¹⁴⁵. En efecto, recogiendo la equiparación realizada previamente entre la “rescisión” ex art. 3 Ley 57/68 y la resolución por incumplimiento regulada en el art. 1124 CC¹⁴⁶, ha venido a sentar doctrina –vía Pleno– en la STS 20.1.2015, según la cual:

¹⁴² Por ejemplo, considera incumplimiento resolutorio una desviación temporal de año y medio la STS 14.11.1998 (FJ 1º), de quince meses la SAP Barcelona 28.5.2004 (FJ 2º), nueve meses como supuesto de mora indemnizable la SAP Almería 20.10.2009 (FJ 2º) y tres meses la SAP Madrid 8.4.2011 (FFJJ 3º y 4º).

¹⁴³ Como dice la STS 20.2.2015, FJ 3º, pto. 2, “no cabe dar criterios prefijados, sino atender al caso”.

¹⁴⁴ STS 20.1.2015, FFJJ 3º y 5º.

¹⁴⁵ Si bien es cierto que en los últimos tiempos la jurisprudencia ha avanzado respecto a la línea que marcara la STS 9.6.1986, superando una concepción “predominantemente administrativa” del contenido de la Ley 57/68 (así, la STS 9.6.1986, FJ 4º, al contemplar el incumplimiento de las obligaciones de garantizar la devolución de cantidades anticipadas y de percibir las a través de cuenta especial, como simples ilícitos administrativos) para dotarla de plenos efectos civiles (prueba de ello son las SSTs 3.7.2013, 13.9.2013, 23.5.2014, 25.11.2014, y doctrina reiterada por SSTs 25.10.2011, 10.12.2012, 11.4.2013 y 7.5.2014, según la cual es esencial la obligación de garantizar mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de modo que su incumplimiento faculta al comprador para resolver el contrato e impide al vendedor resolverlo si aquel no atiende los pagos parciales a cuenta del precio), el TS se ha mostrado reacio a cambiar de criterio sobre la relevancia del retraso a fines resolutorios. No ha sido hasta la STS 20.1.2015, dictada en Pleno, cuando se ha elevado a rango de esencial la obligación de puntual entrega de las viviendas comprendidas en el ámbito de la Ley 57/68, de manera que su incumplimiento bastaría para resolver, en contra de lo mantenido por la STS 9.6.1986, que interpretaba (FJ 4º) la opción del art. 3 Ley 57/68 como un supuesto de “total o práctica inexistencia de la vivienda”.

¹⁴⁶ Equiparación que realizara la STS 5.5.2014, dictada en Pleno, en los siguientes términos: “De la propia redacción del precepto mencionado se deduce que en el artículo se trata de la rescisión (entiéndase resolución) y recoge

- i) El incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 Ley 57/68, la resolución contractual a instancia del comprador, siempre que este ejercite el derecho resolutorio antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega¹⁴⁷.
- ii) Tal precepto introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea particularmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento que justifica la resolución por el comprador, especialidad que, a su vez, determina que *en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte*¹⁴⁸.
- iii) La resolución del contrato que así se inste puede denegarse, pese a la existencia de retraso en la entrega de la vivienda, por mala fe o abuso de derecho del propio comprador¹⁴⁹.

Entendemos que esta doctrina podrá aplicarse aun después de la entrada en vigor de la Ley 20/2015 (1.1.2016), pues aunque deroga la Ley 57/68 (añadiendo una

la posibilidad de que se pueda conceder una prórroga para la terminación de la obra. Se ha de entender como resolución, dado que la acción de rescisión es subsidiaria (art. 1294 C. Civil) y por razones distintas del incumplimiento contractual” (FJ 4º), tras lo cual declaró que no procedía resolver el contrato por retraso, porque al requerirse de resolución al vendedor la vivienda ya estaba terminada y en disposición de ser entregada –contaba con licencia de primera ocupación–, y el comprador había sido previamente requerido por aquel para consumir el contrato (FJ 5º). Partiendo de dicha equiparación, la STS 20.1.2015 (FJ 6º, pto. 3) dio una serie de razones que la justificaban, entre las cuales destacamos dos: el carácter irrenunciable (conforme art. 7 Ley 57/68) del derecho reconocido al comprador en el art. 3 Ley 57/68, y el específico equilibrio contractual que tal precepto establece en los contratos sujetos al régimen de dicha Ley, compensando el derecho del vendedor a resolver por un solo impago del comprador con el derecho de este a hacer lo propio por retraso en la terminación y entrega de la vivienda.

¹⁴⁷ STS 20.1.2015, FJ 6º, pto. 3, recogiendo la salvedad cronológica que, con carácter determinante, apuntara la STS 5.5.2014, FJ 5º.

¹⁴⁸ STS 20.1.2015, FJ 6º, pto. 3.

¹⁴⁹ Matiz a esta doctrina (STS 20.1.2015, FJ 7º), al que de hecho se acogió después a la STS 30.4.2015 para denegar la pretensión resolutoria del comprador, por entender que este *“solo pretendía desvincularse del contrato por intereses subjetivos ajenos al contrato mismo, a su causa, sin un interés jurídicamente atendible”* (FJ 4º).

DD 3ª a la LOE), da una nueva redacción a la DA 1ª LOE que, si bien modifica el régimen de garantías de aquella en cuanto a requisitos y carácter ejecutivo, sigue previendo esa posibilidad de “rescisión” en caso de falta de entrega de la vivienda adquirida en construcción con cantidades anticipadas¹⁵⁰. Bajo tal premisa comentaremos a continuación dicha doctrina, haciendo las referencias oportunas al traslado normativo *ex* Ley 57/68 – LOE.

Así, en la compraventa de vivienda en construcción, cuyo promotor-vendedor perciba del adquirente entregas de dinero para su construcción (aptdo. uno DA 1ª LOE, antes art. 1 Ley 57/68), la principal obligación de aquel no es solo entregar la vivienda sino hacerlo en el plazo estipulado so pena de que el comprador pueda resolver el contrato (o bien conceder una prórroga, que ha de expresarse en cláusula adicional donde se especifique la nueva fecha de entrega: aptdo. cuatro DA 1ª LOE, antes art. 3 Ley 57/68), con independencia de la entidad del retraso, pues *se trata de un término esencial en este ámbito*, de modo que no cabe atender a los parámetros del art. 1124 CC: se equipara “rescisión” con resolución por incumplimiento, pero no su régimen general, pues esa acción se basa en datos puramente objetivos (por una parte, la entrega de cantidades anticipadas para la adquisición de vivienda en los términos antes indicados; por otra, la expiración del plazo convenido para el inicio de las obras o entrega de la vivienda sin que se haya efectuado puntualmente), de ahí que huelgue valorar el carácter grave o no del incumplimiento, la frustración del fin negocial o las expectativas del comprador, tan solo ha de estarse a la concurrencia de las circunstancias previstas en la normativa específica para la viabilidad de esta acción resolutoria especial, que solo quebrará de apreciarse mala fe en quien la ejercite.

Atendiendo a la nueva doctrina jurisprudencial *cabría distinguir dos hipótesis*: compraventa de viviendas para cuya construcción se perciban cantidades anticipadas de los adquirentes, donde la puntual entrega es esencial y, por ende, tributario su incumplimiento de una resolución contractual con el límite de la buena fe; y la compraventa de viviendas que, por no adelantarse parte del precio con destino a su

¹⁵⁰ Donde el art. 3 Ley 57/68 reza en su pfo. 1º que “Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual (...)”, el aptdo. cuatro DA 1ª LOE, según redacción dada por Ley 20/2015, dice que “Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales (...)”. Como se ve, la previsión es sustancialmente la misma. Ciertamente es que esta última no se refiere expresamente al plazo, mas el supuesto de hecho es el de la falta de entrega “en el plazo convenido” si atendemos al nuevo aptdo. uno.a) *in fine* DA 1ª LOE, como ya contemplara el art. 1.1ª *in fine* Ley 57/68.

construcción o por hallarse ya construidas al adquirirse, escapan a dicho régimen luego siguen la regla general, esto es, la valoración de su falta de entrega en plazo bajo los parámetros del art. 1124 CC, de modo que solo cabría entenderla como incumplimiento resolutorio cuando el lapso temporal transcurrido sea de tal entidad (a juicio del tribunal correspondiente) que frustre el fin negocial o los intereses de parte.

Ya estemos en una u otra hipótesis, el éxito de la acción del comprador parte de una premisa: la constancia en el contrato de una fecha de entrega determinada, que aquel pueda invocar como vinculante para el vendedor y, por tanto, defender su inobservancia como incumplimiento resolutorio (con mayor o menor dificultad, dependiendo de la hipótesis en que nos encontremos). Aquí es donde el *control de abusividad se torna fundamental*, pues cómo articular una resolución por falta de entrega en plazo cuando se predispongan cláusulas no negociadas que, por ejemplo, excepcionan el puntual cumplimiento ante circunstancias prefijadas, conceden prórrogas automáticas e indefinidas, le dan a la fecha establecida el carácter de meramente orientativa, etc. (supuestos que trataremos a continuación), si no es pasando por la nulidad de tales estipulaciones que, de ser aplicables, truncarían el ejercicio no solo de dicha acción resolutoria sino también de la reclamación indemnizatoria aparejada o bien planteada en solitario de no demandarse la resolución¹⁵¹.

Y cuando hablamos de examen de abusividad nos referimos tanto al control de contenido como de transparencia, al que debe someterse el clausulado adhesivo relativo al plazo de entrega en los contratos comprendidos en ese ámbito especial, toda vez que en ellos la puntualidad en la prestación del vendedor es tan esencial como la entrega misma de la vivienda, de manera que el momento de cumplimiento de esta obligación ha de consignarse bajo las especiales exigencias de transparencia que se requieren para el clausulado principal. Téngase presente que, ya sea en dichos contratos como en aquellos otros de venta de vivienda (a los que, como mínimo, será aplicable el control de contenido en su caso), la claridad respecto al tiempo en que el consumidor recibirá lo comprado es necesaria para que pueda elegir con seguridad entre las distintas ofertas del mercado inmobiliario¹⁵².

¹⁵¹ Sobre las consecuencias indemnizatorias de la no entrega en el plazo convenido vid. REBOLLEDO, op. cit., pp. 16-18, y LUQUE JIMÉNEZ, M.C., “La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 153-155.

¹⁵² Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit., 2009, “Art. 85”, p. 1003 y doctrina en n. 149.

B) Irregularidades sobre el tiempo de cumplimiento y análisis de su eventual carácter abusivo

De entre las irregularidades que pueden darse en el contrato de compraventa de vivienda respecto al plazo de entrega, la más grave es la falta de indicación sobre tal extremo, sobre todo cuando tampoco se haya fijado vía información previa a la celebración (lo que ya de por sí supone infracción de lo dispuesto con carácter general en art. 60.2.d TRLCU y normativa sectorial, estatal y autonómica, antes señalada) que permitiera cubrir la omisión en el contrato¹⁵³.

Lo que suele ocurrir en tal caso es que el vendedor se limite a estipular una fecha de terminación de la obra, de modo que, ante una eventual reclamación del comprador por su expiración sin entrega, aquel pueda escudarse en que no se pactó plazo a tal efecto sino para la conclusión de la edificación. Aquí no cabría considerar abusiva la estipulación en sí, sino la interpretación que a la misma diera el vendedor, pues aunque su tenor literal pudiera llevar a pensar que ciertamente no se pactaba plazo alguno de entrega de la vivienda, de ser así debería declararse contraria a la buena fe por inducir a error de forma torticera. Y es que cuando un particular adquiere una vivienda en construcción, lo que le importa es cuándo dispondrá de ella, única razón por la que pueda interesarle la fecha de terminación de obra; por tanto, desde la óptica del contrato celebrado, que no es arrendamiento de obra, la fecha relevante es la de entrega de la vivienda, no la de conclusión edificatoria, que será importante en las relaciones promotor-constructor, mas no tanto en la relación promotor-comprador¹⁵⁴.

Para evitar que el cumplimiento de la prestación se someta así al arbitrio del vendedor (lo cual prohíbe el art. 1256 CC con carácter general), en tanto que al no estipularse plazo de entrega podría efectuarla cuando quisiera, resultaría procedente su fijación judicial al amparo de lo dispuesto en el art. 1128 CC, aplicable cuando no se señalare plazo correspondiente (pfo. 1º) o, señalándose, quedara a voluntad del deudor (pfo. 2º). Y la solución que vienen dando los tribunales, en ausencia de otra estipulación que en el contrato establezca plazos concretos, es tener como fecha de entrega la contractualmente establecida para la terminación de la obra¹⁵⁵, aun cuando el

¹⁵³ Dado que, en base al art. 61.2 TRLCU, las condiciones ofertadas le resultan vinculantes al empresario, con independencia de su posterior reflejo o no en el documento contractual.

¹⁵⁴ Así, SAP Ávila 7.1.2004, FJ 4º.

¹⁵⁵ En este sentido, la SAP Madrid 19.1.2006, FJ 3º, dispone que *“dado que el contrato privado suscrito entre las partes, no contemplaba prescripción alguna sobre la fecha de entrega de la vivienda adquirida, limitándose a señalar que la obra estaría concluida dentro del primer semestre de 2001, es esta fecha de 30 de Junio de 2001, la que habría de tenerse como válida a todos los efectos para fijar la fecha de entrega de la vivienda adquirida por el actor, hoy apelante,*

tiempo de finalización se haya hecho constar como “fecha aproximada”¹⁵⁶. En cuanto a esto último, otra de las anomalías que encontramos en los contratos de compraventa de vivienda es la consistente en que, estipulándose una fecha de entrega, esta figure como “orientativa” o “aproximada”, como gustan de llamar los promotores inmobiliarios, que así lo predisponen con el propósito de vaciar de contenido la disposición reguladora del plazo de entrega. En este caso no es que haya, como en el anterior visto, una absoluta indeterminación de dicho plazo, sino una *insuficiente determinación* por el carácter meramente indicativo del tiempo de cumplimiento de la prestación debida, cuya satisfacción quedaría así condicionada a la voluntad del vendedor. Al respecto, los tribunales han venido manteniendo que la fijación de fechas aproximadas de entrega no puede ser un expediente al que pueda acogerse el promotor para dejar a su arbitrio el cumplimiento de la obligación de entrega dentro de plazo¹⁵⁷; tratándose de un supuesto de cláusula abusiva que con amplitud prevé el art. 85.1 *in fine* y de forma específica el art. 85.8, ambos del TRLCU¹⁵⁸.

La amplia dicción del art. 85.1 *in fine* permite incluir aquellos otros supuestos en los que el tiempo de cumplimiento se supedita a eventos tales como el inicio de las obras¹⁵⁹ o la concesión de la licencia municipal de primera ocupación, que a su vez

puesto que caso contrario, quedaría al total arbitrio de la constructora el fijar dicho momento, en claro perjuicio de los derechos de los adquirentes. A lo expuesto, no puede ser óbice, que el certificado de fin de obra se suscribiera en fecha de 20 de Julio de 2001, puesto que ello no acredita la disponibilidad de la vivienda por parte del apelante”; por su parte, la SAP Sta. Cruz de Tenerife 21.11.2007, argumenta que “carece de sentido alguno decir -o pactar- que la fecha en que se fija la terminación de las obras no ha de coincidir con la de entrega de la vivienda, pues, precisamente, una y otra, en lo que hace a los intereses de los contratantes, vendedor y comprador, están indefectiblemente relacionadas, constituyendo dos aspectos de una misma cuestión, la entrega depende inexorablemente de la terminación de las obras; por eso, en la cláusula séptima del contrato se pactó que terminada la obra la parte vendedora notificará a la compradora el día, hora y lugar para formalizar la escritura pública”.

¹⁵⁶ Por ejemplo, la SAP Valladolid 23.9.2010, FJ 2º, deja como fecha firme la aproximada de terminación que constaba en el contrato, tanto para la finalización como para la entrega.

¹⁵⁷ Entre otras, SAP Málaga 29.4.2004, FJ 2º; SAP Baleares, Secc. 5ª, 22.12.2004, FJ 2º; SAP Baleares, Secc. 3ª, 8.2.2005, FJ 2º; SAP Valladolid 23.9.2010, FJ 2º.

¹⁵⁸ De acuerdo con el art. 85.1 son abusivas “las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo [...] *insuficientemente determinado* para [...] satisfacer la prestación debida”. Entendiendo que esa previsión final se refiere a cualquier tipo de indeterminación, con independencia de su causa, GONZÁLEZ PACANOWSKA (op. ult. cit., p. 1001) sostiene que el supuesto previsto en el art. 85.8 (“cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario”) simplemente se circunscribe a un caso concreto de indeterminación, esto es, cuando a pesar de haberse fijado una fecha para el cumplimiento se hace constar al mismo tiempo su carácter tan solo orientativo, por encontrarse condicionado a la voluntad del profesional.

¹⁵⁹ Además de la obtención del permiso administrativo correspondiente, ya de por sí condicionante, si en el contrato se dispusiera que la vivienda se entregará en “X” meses contados desde el comienzo de las obras sin especificar fecha de inicio de la construcción, quedaría a voluntad del vendedor decidir cuándo empieza a computarse el plazo para la entrega. En este sentido, la Secc. 13ª AP Madrid, en sentencias de 14.9.2004, FJ 4º, y 9.3.2005, FJ 3º, como supuesto incardinable en los actuales arts. 85.1 *in fine* y 85.8 TRLCU.

depende de la finalización de obra que ha certificar la dirección técnica de la obra¹⁶⁰. En estos casos el comprador desconoce cuándo va a disponer en concreto de la vivienda, bajo una aparente determinación del plazo que en realidad no marcaría en el tiempo un momento preciso, trasladándose al consumidor la incertidumbre que procede de personas a las que el vendedor introduce en su esfera de cumplimiento, o de factores cuya realización se integra en el riesgo asumido por el promotor al contratar¹⁶¹.

En otras ocasiones el cumplimiento en el plazo señalado se hace depender de que no concurran eventos relacionados de forma predispuesta por el vendedor. Así, es habitual que, tras comprometerse a la entrega de la vivienda en una fecha, conste en el contrato que ello será así *salvo* que acontezcan circunstancias tales como huelgas en el sector de la construcción, retrasos del constructor o subcontratistas, en la tramitación de permisos administrativos, etc.

Con independencia de que tales previsiones, pretendidamente exoneradoras de la obligación de entrega en plazo, sean rechazables como comprensivas de caso fortuito o fuerza mayor –según vimos antes–, podrían considerarse abusivas desde una doble perspectiva: i) mientras que el comprador se encuentra vinculado en firme al pago del precio en plazos inamovibles –y además sujetos normalmente a cláusulas resolutorias

En contra, la Secc. 5ª AP Murcia, que ha establecido un criterio según el cual la cláusula que fija un plazo de entrega a contar desde el inicio de las obras no merece la calificación de abusiva, sosteniendo que dicha cláusula, de acuerdo con el art. 1284 CC, ha de interpretarse en el sentido más adecuado para que surta efecto, cual es que la *“cláusula no dejaba a la voluntad del vendedor la fecha de iniciación de las obras, sino que era su obligación contractual iniciarlas en cuanto dispusiese de las autorizaciones administrativas correspondientes”* (St. 10.7.2012, FJ 3º, citando las resoluciones de tal Sección que vienen a conformar este criterio).

¹⁶⁰ En este sentido, SAP Cádiz 14.11.2005, FJ 2º. Téngase presente que mientras el arquitecto no firma el certificado final de obra, no puede considerarse a efectos jurídicos o administrativos que la obra esté finalizada, pues en tanto tal acto no tenga lugar no es posible solicitar permiso administrativo para ocupar el inmueble. Señala la SAP Ávila 7.1.2004, FJ 3º, en cuanto a la alegación de que el plazo de entrega no podía pactarse al no depender del promotor el tiempo que tardasen en expedirse los permisos administrativos, como la licencia de primera ocupación, que tal argumento es falaz, *“pues es la promotora la que deberá tener en cuenta, al redactar el contrato, los plazos que prevea para la obtención de dichos permisos”*. Sobre la cláusula que supedita la entrega a la concesión de dicha licencia, la Secc. 5ª AP Sevilla argumenta que se trata *“de algo que depende de la fecha en que se solicite y de las condiciones en que se haga, al arbitrio, en definitiva, de su exclusiva voluntad, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes”* (St. 7.3.2007, FJ 6º), y que *“se supedita al libre albedrío de la demandada, ya que se concederá por la administración municipal competente una vez que la dirección técnica dé por finalizada la obra, hecho que depende de la demandada, y siempre que la obra ejecutada se ajuste al proyecto aprobado administrativamente”* (St. 23.6.2008, FJ 4º).

¹⁶¹ Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA (op. ult. cit., p. 1002), diferenciando los casos en que el tiempo de cumplimiento depende de terceros y aquellos otros en que depende del propio empresario, donde el perjuicio para el consumidor se manifiesta en la vinculación indefinida de este y su unilateral sometimiento a la conveniencia de aquel, dejando a su arbitrio el cumplimiento del contrato y suprimiendo, injustificadamente, el principio general de responsabilidad por incumplimiento.

por su desatención¹⁶²-, el vendedor no está sometido a una vinculación tan estricta en el cumplimiento de su prestación, que se subordina a variables con que busca rebajar su nivel de diligencia y la responsabilidad por hechos propios o de terceros a los que introduce en su esfera de actuación, supuesto incardinable en el art. 85.7 TRLCU bajo interpretación amplia¹⁶³; ii) la consignación de tales circunstancias supone que, acontecido el evento, el plazo de entrega queda automáticamente prorrogado *sine die*¹⁶⁴, restringiéndose así las facultades resolutoria y/o indemnizatoria del consumidor por falta de entrega en plazo, *ergo* subsumibles en los ordinales 5 y 7 del art. 86 TRLCU, plazo que a la postre incurría en indefinición *ex art. 85.1 in fine* del mismo cuerpo legal.

Téngase además presente que la predisposición de cláusulas prorrogatorias del plazo de entrega establecido supondría, en los contratos de compraventa de vivienda para cuya construcción el promotor perciba cantidades anticipadas de los adquirentes, infracción del aptdo. cuatro DA 1ª LOE (antes art. 3 Ley 57/68), según el cual la prórroga al promotor que no ha entregado en fecha la vivienda es una opción a tomar por el comprador, nunca una obligación que pueda serle impuesta. Es más, prevé dicha norma que, de conceder prórroga, esta *“se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”*; lo cual excluye toda prórroga automática, ya sea indefinida o reguladora de un concreto plazo complementario, pues solo valdrá la que tras la

¹⁶² En este sentido, resultaría evidente el desequilibrio que generarían las cláusulas que, ante eventos prefijados por el vendedor, vendrían a eximir de consecuencias resolutorias y/o indemnizatorias por la no entrega en plazo, cuando en cambio se predispusieran cláusulas de resolución por impago del comprador o reguladoras de intereses por su retraso en el pago, pues la facultad prevista para el vendedor no se correspondería con la misma del comprador.

¹⁶³ Establece el art. 85.7 la abusividad de *“Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme”*. A pesar de la aparente rigidez de esta disposición, en línea con la letra c) Anexo Dir. 93/13 (*“Prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad”*), cabe una interpretación según la cual lo abusivo es configurar como condición un evento controlado por la actuación del profesional, *aunque sea algo más que su mera voluntad* (cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. ult. cit., p. 1056). En este sentido y en nuestro caso, el que acontezcan o no las circunstancias recogidas en la cláusula dependerá realmente de la diligencia del promotor al elegir al constructor (que a su vez contratará las subcontratas de obra), al vigilar la obra en construcción para que finalice con margen suficiente para tramitar la licencia de primera ocupación, cuya obtención, dentro del tiempo consignado para entrega de la vivienda, depende de las condiciones en que se solicite, tanto en fecha como en ajuste al proyecto aprobado administrativamente, lo cual ha de supervisar el promotor y personal técnico contratado.

¹⁶⁴ Lo habitual es que en la misma cláusula donde se predispongan las circunstancias cuya concurrencia haga inexigible la puntual entrega, se consigne que la prórroga en el plazo de entrega será igual al número de días que duren los retrasos motivados por dichas circunstancias. Aunque no tuviera reflejo contractual, el efecto de prórroga indefinida operaría de forma automática al producirse el evento predispuesto.

expiración de la fecha inicial se consigne en esa cláusula adicional, que facultará al adquirente, de darse un segundo incumplimiento del promotor (esto es, que vencido el nuevo plazo para la entrega de la vivienda, esta no se verifique), para “rescindir” el contrato, facultad que, como ya vimos, equipara el Tribunal Supremo a la resolución por incumplimiento.

4.3.5. Repercusión de gastos al consumidor adquirente de vivienda

A) Consideraciones generales

Al fijar el precio de la vivienda, el vendedor tiene en cuenta los costes empresariales que le va a suponer el cumplimiento de obligación principal, esto es, su entrega, ya sea real o instrumental con el otorgamiento de escritura pública (titulación de la compraventa). Antes de la *traditio*, y de hecho para llegar a efectuarla adecuadamente (lo que en este ámbito incluye entregar la vivienda *en condiciones de habitabilidad*), el promotor inmobiliario tendrá que asumir gastos imprescindibles: por un lado, para levantar la promoción de viviendas precisa crédito, de manera que hasta terminarlas y entregarlas tendrá que pagar las cuotas del préstamo hipotecario que le concedieran para financiar la construcción (el llamado “préstamo promotor”¹⁶⁵), así como los gastos notariales, tributarios y registrales propios de la declaración de obra nueva, la división horizontal y la distribución de responsabilidad hipotecaria, incluidos los de cancelación del préstamo en caso de no subrogarse el comprador; por otro lado, las tasas y pagos que hubiera que realizar por las acometidas definitivas de los suministros generales, tales como alumbrado, agua potable, alcantarillado, etc., con la correspondiente licencia de primera ocupación.

¹⁶⁵ Que pudiera venir de un “préstamo suelo”, con el cual se financia la compra del solar sobre el que se pretende desarrollar la promoción inmobiliaria, y que se garantiza con hipoteca sobre el terreno a adquirir. Salvo que la entidad que concediera el préstamo suelo fuera distinta a la concedente del préstamo promotor (en cuyo caso esta última obliga al promotor a cancelar aquel para, una vez libre de cargas el solar, conceder el préstamo que financie la realización de la obra), lo habitual es ampliar el préstamo inicial y transformarlo en promotor, por razón de ahorro de costes, tanto tributarios (si se cancelara el préstamo suelo, el impuesto de Actos Jurídicos que grava la escritura de préstamo promotor iría sobre la totalidad de este, mientras que si aquel se amplía solo se tributará por la diferencia de su límite y el del préstamo promotor) como de comisiones (la ampliación evita que se abone doble comisión de apertura de préstamo). Durante la burbuja inmobiliaria española, no era extraño que las entidades crediticias llegaran a integrar directamente la financiación del suelo dentro de la figura del préstamo promotor; de tal situación se ha pasado a que el solar haya que adquirirse con recursos propios y que la financiación para construir sea muy limitada y condicionada.

El problema radica en que si el promotor, en vez de tener por descontados tales gastos en el precio que ponga a la vivienda, los impone al comprador fuera del precio aparentemente fijado, el coste total que la operación tiene para el adquirente puede ser superior al que creía haber asumido. Lo mismo sucedería con la imposición del pago de tributos correspondientes al vendedor.

Para que no exista una alteración sorpresiva del precio, el profesional ha de presentar su oferta de modo que el consumidor conozca desde el principio el importe íntegro de la operación. Téngase presente que el art. 7 Dir. 2005/29 configura como práctica comercial desleal la omisión de *información sustancial* que necesite el consumidor para tomar la decisión de adquirir¹⁶⁶, considerándose como tal, cuando haya una invitación a comprar, el precio y los gastos adicionales que puedan calcularse razonablemente de antemano o, de no poderse, la forma en que se determina el precio y el hecho de que pueden existir tales gastos (art. 7.4.c), por tanto será “omisión engañosa” –luego práctica desleal– la oferta en que figure un precio sin comprender los gastos adicionales a repercutir. La transposición de tal precepto se bifurca en los artículos 7 LCD, definidor de las omisiones engañosas¹⁶⁷, y 20 TRLCU, que en su apartado primero lista la *información necesaria* en la oferta comercial y, desde la reforma operada por Ley 3/2014, en el segundo prevé que su omisión será considerada “práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”¹⁶⁸, constituyendo así una práctica desleal la presentación de la oferta que omita o comunique de forma poco clara “el precio final completo, incluidos (...) los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario” o, de

¹⁶⁶ Dispone el aptdo. 1 del art. 7 Dir. 2005/29 que es “engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y la limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”. El aptdo. 2 añade una segunda modalidad de omisión engañosa, en la que si bien no se omite información, se oculta o se ofrece “de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto”.

¹⁶⁷ Trasunto de los aptdos. 1-3 del art. 7 Dir. 2005/29, con una redacción bastante más comedida, pues el aptdo. 4 del precepto comunitario, que relaciona la *información sustancial* que ha de figurar en la invitación a comprar, se incluye en el art. 20 TRLCU.

¹⁶⁸ Explica la EM (III) de la Ley 3/2014 que “se procede a corregir el error detectado en la redacción del artículo 20 del texto refundido, con objeto de adecuarlo al artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, lo que conlleva la modificación de sus artículos 19 y 20”, adecuación que vino en forma de modificación de los arts. 19.4 y 20.2 TRLCU (según redacción dada por aptdos. 3 y 4, respectivamente, del artículo único Ley 3/2014), que desde entonces sancionan como práctica desleal el incumplimiento de las disposiciones de referencia.

no poder fijarse de antemano con exactitud, la base de cálculo que permita comprobar el precio y el hecho de que existen tales gastos así como su importe estimado de conocerse (art. 20.1.c y 2 TRLCU, en relación con art. 7.1 LCD).

Como se ve, lo que trata de evitarse no es la repercusión de gastos adicionales, sino que ello no se comuniqué o deje de informarse claramente al respecto en la oferta comercial, impidiendo así que el consumidor tome una decisión de contratar con el debido conocimiento de causa. Lo que se prohíbe no es dicha repercusión sino la “práctica comercial engañosa” (por acción u omisión, arts. 6 y 7 Dir. 2005/29¹⁶⁹) consistente en este caso en configurar la oferta hurtando al consumidor, ya sea por falta de información u opacidad sobre tal repercusión, el conocimiento sobre el importe total de la operación; práctica desleal que, en la conceptualización amplia sostenida por el Tribunal de Justicia, lo será con independencia de que afectara a un solo consumidor, su carácter intencional o no, la eventualidad de que aquel hubiera podido obtener la información exacta de otras fuentes, o *que el gasto adicional que genere fuese más o menos significativo*¹⁷⁰.

Sobre esto último, recordemos que, en sede de cláusulas abusivas, donde a nivel nacional se asimilan legalmente las estipulaciones no negociadas individualmente y las *prácticas no consentidas expresamente*¹⁷¹, el criterio del TJ, seguido por nuestro TS, es que puede haber un “desequilibrio importante” *ex* art. 3.1 Dir. 93/13 (y art. 82.1 TRLCU) aunque los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula predispuesta e impresa, no tengan una incidencia económica importante para aquel en relación con el importe de la operación objeto del contrato, pues la importancia del desequilibrio puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación

¹⁶⁹ Con arreglo al art. 5, apdos. 1 y 4.a), de la Directiva serán desleales y estarán prohibidas, en particular, las prácticas comerciales que sean engañosas, regulándose en el art. 6 las “acciones engañosas” y en el art. 7 las “omisiones engañosas”, que son los dos tipos contemplados de *prácticas comerciales engañosas*.

¹⁷⁰ STJ 16.4.2015, UPC Magyarország, C-388/13, apdos. 41-48, 54, 58 y 60.

¹⁷¹ En efecto, el TRLCU clarificó, en materia contractual, “la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios y en el ámbito sancionador” (Preámbulo, II), asimilación que consta en art. 82.1 al disponer que “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente (...)”. Al respecto, comentar que en la tramitación parlamentaria que alumbraría la Ley 3/2014, se propuso suprimir de dicho precepto la expresión “no consentidas expresamente” a la hora de calificar las prácticas que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, así como definir qué se entiende por práctica abusiva, “todo ello para mejorar los derechos de los consumidores y usuario”, según se justificaba la enmienda nº 21 presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, enmienda que, de haber prosperado, hubiera supuesto la adición de un pfo. 2º al art. 82.1 TRLCU del siguiente tenor: “Se entiende como práctica abusiva todo comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional exigible, derive esta de la normativa específica o sectorial o de las prácticas y usos comerciales aplicables” (vid. BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 71-2, de 11.2.2014, pp. 16 y 17).

jurídica que el Derecho nacional atribuye a ese consumidor en cuanto parte contratante, ya sea en forma de restricción del contenido de derechos que, según las normas nacionales aplicables, le confiere el contrato en cuestión, o de imposición de obligaciones adicionales no previstas por dichas normas (STJ *Constructora Principado*, aptdos. 22 y 23; STS 12.3.2014, FJ 5º).

Recordemos también el énfasis puesto por la jurisprudencia comunitaria y nacional sobre las exigencias de transparencia de las cláusulas predispuestas, que no se reduce al carácter claro y comprensible formal, revistiendo una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y sus consecuencias, así como que el contrato exponga de manera transparente su alcance y motivación, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, los efectos de su operatividad en el desarrollo del contrato¹⁷²; idea de comprensibilidad real que en nuestro país se relaciona con las prestaciones principales, donde la exigencia de transparencia tendría por objeto que el adherente pudiera conocer la carga jurídica y económica que en conjunto el contrato supone para él¹⁷³.

Por tanto, la repercusión de gastos omitida en la oferta inicial constituye una práctica desleal, igualmente cuando la información ofrecida al respecto sea poco clara (tanto la falta como la opacidad informativa en la oferta comercial suponen una omisión engañosa), en cuyo caso, de trasladarse finalmente al contrato B2C por cláusula predispuesta, habrá que analizar su carácter abusivo vía contenido y transparencia, pues con independencia de la poca o mucha trascendencia económica que conlleve los gastos impuestos (la existencia de un “desequilibrio importante” no requiere una importancia cuantitativa para el consumidor por comparación con el coste global), la incidencia sobre el precio es evidente, de manera que su falta de transparencia impide apreciar *a priori* el coste total de la operación, en contra de lo dispuesto, con carácter general, en el art. 60.2.c) TRLCU y, específicamente para la compraventa de viviendas, en el art. 6.1 RD 515/1989¹⁷⁴.

¹⁷² SSTJ *Invitel*, aptdos. 27-30; *RWE Vertrieb*, aptdos. 44 y 49; *Constructora Principado*, aptdo. 25; *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 72 y 73; *Matei*, aptdo. 74; *Van Hove*, aptdo. 41.

¹⁷³ SSTS 18.6.2012, FJ 4º, pto. 3; 11.4.2013, FJ 2º, pto. 3; 9.5.2013, aptdo. 210; 8.9.2014, FJ 2º, pto. 8; 24.3.2015, FJ 3º, pto. 3; 29.4.2015, FJ 14º, pto. 3.

¹⁷⁴ El art. 60.2.c) TRLCU dispone, con carácter general, la relevancia de informar previamente al consumidor sobre el precio total, y el art. 6.1 RD 515/1989 establece, en sede específica sobre información a suministrar en la compraventa de viviendas, que dicha información será especialmente detallada y clara en cuanto al precio total de la venta.

El mencionado art. 60.2.c) TRLCU no descarta que haya gastos que se repercutan al consumidor, siempre que se le informe convenientemente del precio total, desglosando, en su caso, el importe de dichos gastos. Por su parte, el art. 60 bis TRLCU regula los pagos adicionales¹⁷⁵. La cuestión es, como antes se apuntó, que cuando se contrata por adhesión, el pago de dichos gastos no se negocia, sino que se impone al consumidor, de ahí la preocupación del legislador por evitar que mediante cláusulas no negociadas se trasladen a aquel *gastos que legalmente corresponden al profesional*, ya sea por resultar necesarios para el adecuado cumplimiento de la prestación comprometida, ya porque expresamente venga así establecido.

A esta idea responde la previsión del art. 89.3 TRLCU, que considera abusiva la cláusula que imponga al consumidor, en general, “los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”, y particularmente, en la compraventa de viviendas, una lista de gastos heredada del ordinal 22 DA 1ª LCU tras reforma por LMPC, que partiendo del primigenio supuesto (gastos preparatorios de la titulación) reforzó la protección de los adquirentes *“al precisar el carácter abusivo de las cláusulas que les trasladen gastos que corresponden al vendedor, tal es el caso de los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor, o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda, tales como enganche del suministro de agua, alcantarillado, etc., con el fin de evitar prácticas desleales que trasladan dichos gastos al consumidor por cláusulas no negociadas”*¹⁷⁶.

B) Gastos tributarios. Especial referencia a la plusvalía municipal

Conforme al principio de libertad de pactos consagrado en el art. 1255 CC, sería lícito el acuerdo contractual por el que una de las partes asume el coste de obligaciones tributarias que, según la normativa fiscal, corresponden a la otra parte. Pero una cosa es la validez de tal pacto con carácter general, que en ningún caso puede alterar la

¹⁷⁵ Introducido por Ley 3/2014, establece que antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el profesional deberá obtener su consentimiento expreso para los pagos adicionales a la remuneración acordada para la obligación principal del empresario, comunicándolos de forma clara y comprensible, debiendo realizarse su aceptación sobre la base de opción de inclusión.

¹⁷⁶ Según reza la EM (VI) de la LMPC, que amplió los supuestos de abusividad del ordinal 22 DA 1ª LCU, cuyo elenco pasó así al art. 89.3 TRLCU. Señala GONZÁLEZ PACANOWSKA (op. cit., 2009, “Art. 89”, p. 1120) que este precepto mezcla cláusulas y prácticas “quizá porque, si bien la mayoría de los supuestos que enumera pueden ser efectivamente objeto de una estipulación predispuesta, en ocasiones el resultado abusivo deriva simplemente de un comportamiento desleal en la fase de ejecución del contrato; supeditando, por ejemplo, el otorgamiento de escritura pública al pago de nuevos gastos que sorpresivamente se añaden al precio final”.

posición del sujeto pasivo ante la Administración¹⁷⁷, y otra distinta su posible nulidad a la luz de la normativa especial relativa a la protección de los consumidores.

En este sentido, el RD 515/1989, aplicable como sabemos a la oferta, promoción y publicidad para la venta de viviendas B2C, exige que se facilite información en cuanto al pago de toda clase de tributos (art. 5.3), pues el consumidor ha de tomar su decisión de comprar con pleno conocimiento de la carga fiscal, por tanto del coste total, de la operación, lo que supone conocer los impuestos que le corresponden (art. 6.1), debiendo reflejarse en el documento contractual de forma clara y comprensible (art. 10). Por su parte, el TRLCU establece, con carácter general, el deber del profesional de facilitar de la misma forma al consumidor información previa sobre “el precio total, incluidos todos los impuestos” (art. 60.1.c, lo que igualmente ha de constar en la oferta comercial so pena de incurrir en omisión engañosa, según art. 20, aptdos. 1.c y 2), y con carácter específico para la contratación con cláusulas no negociadas individualmente, que han de cumplir los requisitos de transparencia *ex* art. 80.1¹⁷⁸, la abusividad de la estipulación que en la compraventa de viviendas “imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario” (art. 89.3.c).

Por tanto, con independencia de que pueda haber una alteración sorpresiva del precio por falta de transparencia acerca de los tributos, incluso los correspondientes *per se* al adquirente *ergo* cláusulas de contenido lícito, el legislador reputa nulas las que contengan la obligación por parte del consumidor de costear los impuestos que por ley competen al profesional vendedor¹⁷⁹, según arts. 83 y 89.3.c TRCLU. Nótese que este

¹⁷⁷ Como establece el art. 17.5 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), “los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, *sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas*”. El sujeto pasivo, por tanto, seguirá siendo el mismo, cumpliendo su obligación tributaria con el abono del otro contratante. Téngase además presente que el art. 33.1 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 939/2005, de 29 de julio, señala que el pago de las deudas tributarias puede ser efectuado por “cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, y a lo conozca o lo apruebe, ya lo ignore el obligado al pago”.

¹⁷⁸ Aunque tal precepto recoge unos requisitos coincidentes con los del art. 7 LCGC, esto es, las exigencias de transparencia formal, recordemos que el TS sitúa la *sedes materiae* de la transparencia sustancial –que, a diferencia del TJ, restringe al clausulado principal– en las letras *a*) y *b*) del art. 80.1 TRLCU: vid. STS 9.5.2013, aptdos. 209 y 210, así como la crítica que al respecto hicimos *supra* en epígrafe 2.4.2.C.

¹⁷⁹ Tales cláusulas serían nulas por su contenido abusivo, por muy transparentes que fueran. De entenderse clausulado principal (en tanto que atinentes al precio), podrían ser además nulas por falta de transparencia cualificada –según el criterio del TS–. En cambio, si recogen tributos cuyo pago compete legalmente al adquirente no habría abusividad de contenido pero ¿podrían considerarse ilícitas en caso de no respetar las exigencias de dicha transparencia? La cuestión tiene que ver con entender que dichas cláusulas sean declarativas, excluidas pues indudablemente de control de contenido, y que a pesar de ello

último habla de “sujeto pasivo” (quien debe cumplir la obligación tributaria principal, que es la tiene por objeto el pago de la cuota tributaria¹⁸⁰, y las obligaciones formales inherentes), que no siempre es *contribuyente* (lo será cuando soporte la carga económica del tributo); por ejemplo, en el IVA sujeto pasivo es el profesional que entrega el bien o presta el servicio, contribuyendo el consumidor al soportar el importe del impuesto que aquel está obligado a repercutirle¹⁸¹.

Se hace pues preciso distinguir los tributos que legalmente pesan sobre una y otra parte en la compraventa de vivienda. Tratándose de *primera transmisión*, la que se adquiere pues al promotor, el comprador habrá de pagar el IVA que grava la primera entrega¹⁸² y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, AJD) por la formalización de la compraventa en escritura pública –no confundir con los aranceles notariales– en tanto que adquirente del bien¹⁸³; el promotor vendedor, antes de esa titulación y de hecho para prepararla, tendrá que realizar la declaración de obra nueva y la división horizontal, abonando AJD por su documentación notarial en tanto que es quien las insta¹⁸⁴, circunstancias que afectan a la descripción catastral del inmueble (alta/modificación) y por ende objeto de declaración ante el Catastro Inmobiliario por su titular¹⁸⁵, declaración que tendrá efectividad en el devengo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (en adelante, IBI) inmediatamente posterior al momento en que produzca efectos catastrales¹⁸⁶. Respecto a la constitución del préstamo hipotecario

se sometan a control de transparencia y sus consecuencias; mas la respuesta sería inocua en cuanto al resultado para el comprador, pues en todo caso tendría que cumplir lo que por ley imperativamente le corresponde, salvo hipótesis de ineficacia total del contrato.

¹⁸⁰ Según dispone el art. 19 LGT. En este sentido, el sujeto pasivo cumplirá esa obligación, consistente en que la Administración cobre el tributo, bien como responsable último del impuesto o como contribuyente, de ahí que el art. 36.1 LGT advierta que, salvo disposición contraria de la ley de cada tributo, “no perderá la condición de sujeto pasivo quien deba repercutir la cuota tributaria a otros obligados”.

¹⁸¹ Arts. 84.1º y 88.1 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA).

¹⁸² Arts. 4.1, 20.1.22º.A (que diferencia la primera entrega, considerando como tal “la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada”, y las ulteriores entregas de edificaciones, exentas de IVA) y 88.1 LIVA. En caso de pagos anticipados, cada uno de ellos debe llevar su cuota de IVA, sin que sea posible repercutir el importe íntegro del IVA como si la compraventa se hubiera consumado definitivamente, pues los compradores tan solo están obligados a satisfacer el impuesto correspondiente a las cantidades que efectivamente hubieran abonado (STS 10.2.1998, FJ 1º).

¹⁸³ Arts. 28 y 29 Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre (en adelante, TRLITPAJD).

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Arts. 13.1 y 16.2.a) y c) Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por RDLeg. 1/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLCI).

¹⁸⁶ Art. 75.3 Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLHL).

destinado a financiar la construcción, su escritura pública está sujeta a AJD, cuyo pago corresponde al promotor en tanto que prestatario¹⁸⁷, pago del que está exenta la cancelación de la hipoteca¹⁸⁸, por lo que al respecto no hay posible carga de coste tributario al consumidor, aunque sí eventual traslación de otros costes como los notariales y la comisión bancaria de cancelación vía penalización impuesta al comprador que no se subroga (de haber subrogación, no estaría sujeta a AJD¹⁸⁹), supuestos de abusividad bajo las letras *a*) y *b*) del art. 89.3 TRLCU que analizaremos más adelante.

Tratándose de *ulterior transmisión*, presupuesto que no sea un particular sino un entidad crediticia, filial inmobiliaria o SGA quien venda (a efectos de constituir la relación B2C necesaria para la aplicación de la legislación tuitiva de consumo)¹⁹⁰, el consumidor pagará Transmisiones Patrimoniales ante la entrega onerosa de un bien exenta de IVA¹⁹¹, siendo él quien lo adquiere¹⁹², razón que también le lleva de pagar

¹⁸⁷ Art. 68 Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por RD 828/1995, de 29 de mayo (en adelante, RITPAJD), cuyo pfo. 2º aclara lo dispuesto en art. 29 TRLITPAJD, reproducido en pfo. 1º.

¹⁸⁸ Art. 45.I.B.18 TRLITPAJD.

¹⁸⁹ Pues, al no producir inscripción distinta de la que origina la propia transmisión del inmueble, no verifica los requisitos del art. 31.2 TRLITPAJD. Téngase presente que hablamos de subrogación de deudor (promotor a consumidor), que se instrumentaliza junto a la venta (escritura de *compraventa con subrogación*, donde la operación de compraventa documentada sí conlleva pago de AJD, como vimos antes y veremos a continuación en segunda o ulterior transmisión); cosa distinta es la subrogación de acreedor, que en este contexto pudiera darse si el comprador, una vez asumida la posición del promotor prestatario y convertido pues en el nuevo deudor de la entidad prestamista, subrogara después a otra entidad en el préstamo hipotecario concedido por aquella, produciendo el otorgamiento de la escritura de subrogación (esta sí independiente) la extinción de un crédito para la primera entidad y el nacimiento de otro para la nueva, en tanto que la deuda persiste para la parte prestataria, que deja de ser deudora respecto de la primera entidad para serlo de la nueva. Esta subrogación de acreedor es posible según Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (en adelante, LSMPH), siempre que cumpla los requisitos del art. 2, y su operación escriturada está sujeta pero exenta de AJD, conforme al art. 45.I.C.24ª TRLITPAJD en relación con art. 7 LSMPH.

¹⁹⁰ Como explicamos *supra* (epígrafe 4.1), se trata de casos en que se ponen en el mercado viviendas adquiridas al promotor o a un particular, vía daciones o adjudicaciones en ejecución, por impago de sus respectivos préstamos hipotecarios.

¹⁹¹ El art. 7.5 TRLITPAJD, tras sentar la regla general de que el concepto de “transmisiones patrimoniales onerosas” (TPO) se aplica cuando quien transmite es un particular (recordemos que partimos de la base de que el vendedor sea profesional), prevé como excepción que quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas de bienes inmuebles cuando gocen de exención en el IVA, tal es el caso que nos ocupa, pues según el art. 20.1.22º.A) LIVA están exentas “*las segundas y ulteriores entregas de edificaciones*”. Téngase presente que el art. 20.2 LIVA contempla la posibilidad de que el sujeto pasivo (profesional transmitente) renuncie a dicha exención –con lo que la segunda o ulterior entrega sí tributaría por IVA *ergo* no por TPO–, pero ello solo *cuando el adquirente sea un profesional* que tenga derecho a la deducción del IVA soportado al realizar la adquisición o en función del destino previsible del inmueble adquirido.

¹⁹² Arts. 7.1.A) y 8.a) TRLITPAJD.

AJD por la elevación a público de la compraventa¹⁹³. Siendo una entidad financiera quien venda, o su filial o SGA a la que haya transferido la vivienda previamente adjudicada, el promotor habrá declarado en su día la obra nueva y la división, y sobre la vivienda ya no debería pesar carga hipotecaria¹⁹⁴.

Ya estemos en primera o ulterior transmisión, incumbe el pago del: i) IBI a quien resulte propietario al inicio de cada año natural¹⁹⁵ luego recaerá en el vendedor el correspondiente al ejercicio del año en que se formalice la compraventa¹⁹⁶; ii) Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, más conocido como *plusvalía*, al transmitente¹⁹⁷, vendedor en este caso, que es quien obtiene el beneficio derivado del incremento de valor que experimenta el inmueble por la diferencia entre el precio de adquisición y su posterior transmisión. Téngase presente, a efectos de calcular la base imponible de la plusvalía, que este impuesto no se devengará con ocasión de las transmisiones de inmuebles a la SAREB (como antes vimos, la SGA creada por el FROB para la banca rescatada) ni de las realizadas en su ámbito interno¹⁹⁸; por tanto, cuando en este contexto se vendiera finalmente la vivienda a consumidor, la base imponible se calculará atendiendo al momento en que se la adjudicó la entidad crediticia (que la transfiere a la SAREB) como *dies a quo* del cómputo, que no se entenderá interrumpido con las transmisiones intermedias¹⁹⁹.

¹⁹³ Arts. 28 y 29 TRLITPAJD. Aquí no hay cambio entre primera y segunda transmisión: es el adquirente quien paga el impuesto que grava la plasmación de la operación en escritura pública.

¹⁹⁴ Adquirida la vivienda en ejecución hipotecaria, “el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la *cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución*” (art. 134 LH).

¹⁹⁵ Arts. 61.1, 63.1 y 75.1 y 2 TRLHL. La base imponible del IBI estará constituida (art. 65) por el valor catastral del inmueble, que se determinará conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario.

¹⁹⁶ Así, acerca de la abusividad de la cláusula que traslade dicha obligación fiscal a los compradores, la Secc. 6ª AP Valencia, en sentencias de 9.12.2008, FJ 1º, y de 4.11.2011, FJ 2º, con cita a la anterior.

¹⁹⁷ Así lo dispone el art. 106.1.b) TRLHL, para las transmisiones de terrenos a título oneroso.

¹⁹⁸ En efecto, según el art. 104.4 TRLHL que no se producirá el devengo por la transmisión realizada: i) por la entidad crediticia correspondiente a la SAREB; ii) por la SAREB a las entidades participadas o controladas mayoritariamente por la misma; iii) por la SAREB o entidades constituidas por esta para cumplir con su objeto, a los Fondos de Activos Bancarios -FAB-; iv) entre los propios FAB.

¹⁹⁹ El propio art. 104.4 TRLHL dispone en su último párrafo que “en la posterior transmisión de los inmuebles se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor de los terrenos no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en este apartado”. Señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLIVA, A. (“La crisis de la plusvalía municipal: especial referencia a las ejecuciones hipotecarias”, en *www.elderecho.com*, 1.6.2013), respecto a la SAREB, que “la plusvalía, cuando se devengue, una vez que se deshaga del correspondiente inmueble, podrá beneficiarse, si bien una sola vez, de todo el período de cómputo. Solo el futuro dirá si cuando se puedan producir tales devengos, para los que probablemente transcurran bastantes años, el impuesto seguirá siendo parte del sistema tributario local”.

Precisamente la *cuantía* del impuesto de plusvalía fue una de las claves utilizadas por los tribunales para negar la abusividad de la cláusula traslativa de su pago al consumidor, cuando se contenía en contratos celebrados antes de que la LMPC (diciembre 2006) la hiciera inviable al incorporar al ordinal 22 DA 1ª LCU la previsión que en idénticos términos hoy recoge el art. 89.3.c) TRLCU. A falta de una sanción expresa aplicable a la imposición del pago de tributos, había divergencias interpretativas sobre el carácter abusivo de la repercusión de la plusvalía, siendo mayoritarios los pronunciamientos judiciales que lo negaban, argumentando la inexistencia de un “desequilibrio importante” por la *escasez de su importe en comparación con el precio de la vivienda contractualmente fijado*²⁰⁰. A pesar de que la STS 25.11.2011 determinó la abusividad conforme a la legislación de consumidores vigente al tiempo de dichos contratos²⁰¹ (unificando los diversos criterios de las AAPP²⁰²), sobre la base de una falta de información al comprador del devengo del impuesto y de la inexistencia de una contraprestación a cargo del vendedor (FJ 3º), tal sentencia no consiguió atajar las referidas divergencias, máxime cuando el propio TS, a través de nota de prensa emitida por su Oficina de Comunicación en fecha 4.4.2012, vino a rebajar los ánimos victoriosos de las asociaciones de consumidores²⁰³; aclaración del Alto Tribunal que sirvió a algunos magistrados para seguir defendiendo la licitud de la controvertida cláusula²⁰⁴, así como el sostenimiento de un criterio de desequilibrio cuantitativo²⁰⁵.

Esta situación llevó a la AP Asturias, Sección 1ª de Oviedo, a plantear, vía Auto de 7.5.2012, cuestión prejudicial europea, para que el Tribunal de Justicia se pronunciara sobre si el “desequilibrio importante”, que tanto la normativa española

²⁰⁰ I.a., SAP Murcia 15.12.2004, FJ 2º;

SAP Cantabria 25.4.2006, FJ 2º; SAP Valencia 3.6.2009, FJ 2º.

²⁰¹ El marco normativo venía dado por lo dispuesto en el pfo. 1º del aptdo. 1 del art. 10 bis LCU, redactado por la LCGC, esto es, la cláusula general de abusividad.

²⁰² En los siguientes términos (FJ 4º): “1. El pacto incorporado a un contrato de compraventa por el que se establece la obligación de pago del Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a cargo del comprador queda sujeto al control de validez con arreglo a la legislación de consumidores entonces vigente; y, 2. La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios no puede ser aplicada con carácter retroactivo”.

²⁰³ Para más detalle vid. MORENO SERRANO, B., “Tributos. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Transmisión de vivienda. Obligado tributario. Comentario a la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014: Europa da la razón al comprador que asumió el pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *La Administración Práctica*, nº 4/2014, versión electrónica, BIB 2014\1561, pp. 11 y 12.

²⁰⁴ Así, con cita expresa a la referida nota de prensa, las SSAP Asturias, Secc. 7ª de Gijón, de 10 de mayo (FFJJ 2º y 3º) y 30 de noviembre de 2012 (FFJJ 3º y 4º).

²⁰⁵ V.g., SAP Asturias, Secc. 6ª de Oviedo, 27.7.2012, FJ 3º, negando en consecuencia la existencia de un desequilibrio importante al comparar el importe del impuesto y el total de la operación de venta.

(art. 82.1 TRLCU) como la europea (art. 3.1 Dir. 93/13) exigen para que la cláusula impuesta pueda considerarse abusiva, debe interpretarse en el sentido de que requiere una incidencia económica significativa para el consumidor en relación con el importe total de la operación. Enmarcado el asunto en dos cláusulas controvertidas, que repercutían al consumidor el pago de la plusvalía y de gastos por alta individualizada en los suministros generales de la vivienda, el TJ en su St. *Constructora Principado* rechaza la interpretación cuantitativa del desequilibrio, que puede ser importante pese a no haber gravedad económica para el comprador de la vivienda (aptdos. 22 y 23).

Aclarado por el TJ el criterio cualitativo de ese elemento *ex art. 3.1 Dir. 93/13* (lo cual es aplicable a todas las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C), deja en manos del juzgador español la comprobación de si: i) la cláusula de repercusión tributaria impone al consumidor una obligación adicional no prevista por las normas del Derecho nacional que constituya una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que se encuentra el consumidor, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables; ii) la información recibida por el consumidor antes de la celebración del contrato se ajustaba a las exigencias derivadas del art. 5 Dir. 93/13²⁰⁶. Además, el TJ pone en valor dos circunstancias: por un lado, el desconocimiento del importe del impuesto al celebrarse el contrato, pues la plusvalía se liquida *a posteriori* por la administración municipal, “*lo que, de ser así, implicaría una incertidumbre del consumidor sobre el alcance del compromiso asumido*”²⁰⁷; por otro, que la mención en la cláusula de que la asunción del impuesto por el comprador se ha tenido en cuenta al determinar el precio de venta no puede por sí sola constituir la prueba de una contrapartida de la que se haya beneficiado el comprador²⁰⁸.

²⁰⁶ St. *Constructora Principado*, aptdo. 27.

²⁰⁷ St. *Constructora Principado*, aptdo. 26. La indefensión del comprador frente a la determinación de la cuota tributaria ya fue apuntada por ESPINA FERNÁNDEZ, S. (“La exigencia del pago del Impuesto Municipal sobre la plusvalía a los compradores de vivienda como cláusula abusiva”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº 15/2005, Pamplona, versión electrónica, BIB 2005\2335, pp. 6 y 7): “se vislumbra el desequilibrio de la posición del consumidor que paga el importe del impuesto «a ciegas», esto es, debiendo aceptar como acto de fe que el impuesto ha sido correctamente liquidado y la del empresario vendedor que es el sujeto pasivo y que, además, dispone o puede disponer de los medios precisos para verificar la corrección de su importe y que, sin embargo, no resulta estimulado a efectuar dicha tarea, ya que trasladará la totalidad de la carga impositiva a los compradores”.

²⁰⁸ Como señala la St. *Constructora Principado*, aptdo. 29, “*para garantizar la eficacia del control de las cláusulas abusivas, la prueba de una reducción del precio como contrapartida de la aceptación por el consumidor de obligaciones adicionales no puede aportarse mediante la inclusión por el profesional de una mera afirmación a ese efecto en una cláusula contractual que no haya sido negociada individualmente*”. Citando expresamente dicho aptdo., la SAP Asturias, Secc. 1ª de Oviedo, 21.4.2014, FJ 3º, rechaza la eficacia del argumento sugerido por el vendedor

Una vez resuelta la cuestión prejudicial, la AP Asturias, esta vez la Sección 4ª de Oviedo, a la cual se remitió el recurso²⁰⁹ turnado inicialmente a la Secc. 1ª (que formuló dicha cuestión), dictó sentencia el 18.2.2014 siguiendo los criterios proporcionados por el TJ para decidir sobre la abusividad de la cláusula de repercusión de la plusvalía. Poniendo de relieve su carácter no negociado, pues resulta difícil asumir la existencia de una negociación, que implica un intercambio de prestaciones, dado que difícilmente el vendedor podía ofertar algo a cambio cuando desconoce el importe de la carga impositiva, la sentencia entiende que la cláusula genera un desequilibrio importante, puesto que carga al comprador con una obligación adicional, cual es tener de satisfacer un impuesto que legalmente debe atender el dueño del terreno, que es quien se beneficia tanto de lo que obtiene con la compraventa del inmueble como del incremento del valor del terreno. Añade la sentencia que de mantener la repercusión de tal incremento se estaría potenciando un *enriquecimiento injusto* en el vendedor, quien al tiempo que ve revalorizada la finca de su propiedad proyecta en un tercero el pago de los impuestos que gravan esa revalorización²¹⁰.

Como se ve, la ilicitud de la repercusión tributaria puede sostenerse con base en la cláusula general de abusividad (con independencia de que para los contratos celebrados tras la LMPC sea aplicable la previsión específica de la lista negra), habida cuenta que, según la *St. Constructora Principado*, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor puede resultar de una lesión suficientemente grave en la situación jurídica en que el mismo se encuentra como parte del contrato, lesión que en este caso se produce al transferirle al adquirente consumidor una deuda fiscal que legalmente está a cargo del vendedor, soportando además una incertidumbre sobre el alcance de su obligación, como señala la STS 12.3.2014 (FJ 5º) citando aquella sentencia comunitaria.

C) Gastos relativos a la implantación de servicios necesarios

Dispone el art. 89.3.d) TRLCU, como ya hiciera el ordinal 22 DA 1ª LCU en su redacción dada por LMPC, que es abusiva la estipulación *“que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad”*.

de que la repercusión sobre los compradores del impuesto de plusvalía tuvo como contrapartida una correlativa disminución en el precio de venta.

²⁰⁹ El 21.11.2013 se acordó dicha remisión en virtud de acuerdo tomado por la Sala de Gobierno de este territorio de fecha 24.7.2013, ratificado por el de la Comisión Permanente del CGPJ de 13.8.2013.

²¹⁰ SAP Asturias, Secc. 4ª de Oviedo, FFJJ 2º y 3º.

Su abusividad radica en trasladar al comprador gastos que son necesarios para el cumplimiento de la prestación del vendedor, puesto que si se ha contratado la entrega de una vivienda, esta ha de dotarse de los servicios precisos para que sea habitable. En efecto, servicios tales como los de agua o alcantarillado constituyen algo absolutamente esencial que forma parte de la totalidad del objeto vendido, pues resulta inconcebible que pueda venderse sin tales servicios una vivienda en cuanto producto de primera necesidad, y ello tanto para disponer de servicios de toma y salida de aguas (puras o fecales) como igualmente de su enganche a la red general de unas y otras. De la misma manera, por formar parte inseparable del propio edificio, no cabe cargar al adquirente, v.g., con la parte proporcional de las acometidas del edificio, altas de alumbrado o contadores de la vivienda, no entendiéndose posible que se entregue una vivienda sin tales servicios²¹¹.

Este tipo de cláusulas también ha merecido atención por la jurisprudencia comunitaria. Como dijimos antes, una de las estipulaciones examinadas por la STJ *Constructora Principado* era, precisamente, la que imponía al consumidor el pago de las cantidades correspondientes a los gastos por alta individualizada en los distintos suministros tales como agua, gas, energía eléctrica y alcantarillado. Sin reflejo específico en la lista gris de la Dir. 93/13, el Tribunal de Justicia ofreció un criterio para determinar, conforme a la cláusula general de abusividad, la ilicitud de la estipulación controvertida: i) el juzgador ha de verificar si aquellas cantidades incluyen los gastos de conexión a instalaciones generales indispensables para asegurar la habitabilidad de una vivienda, gastos que, conforme a las normas nacionales aplicables, estarían a cargo del vendedor en virtud de su obligación contractual de entregar una vivienda conforme con su destino, esto es, en estado de habitabilidad; ii) verificado ello, le incumbe apreciar si esa cláusula, al restringir los derechos que, según las normas nacionales, el contrato confiere al consumidor, y al imponerle una obligación adicional no prevista en dichas normas, constituye una lesión suficientemente grave de la situación jurídica que el Derecho nacional atribuye a ese consumidor en cuanto parte contratante, pudiendo resultar un desequilibrio importante del solo hecho de tal lesión, esto es, con independencia de que los costes puestos a cargo del consumidor por dicha cláusula tengan o no una incidencia económica significativa para este en relación con el importe de la operación de compraventa²¹².

²¹¹ SAP Asturias, Secc. 6ª de Oviedo, 21.1.2008, FJ 3º; SAP Cantabria 11.4.2006, FJ 5º.

²¹² St. *Constructora Principado*, apdos. 23, 28 y 30.

Por tanto, más allá de que a la estipulación que comentamos le sea aplicable la previsión específica de nuestra lista negra nacional, su carácter abusivo puede resultar del puro contraste con el art. 82.1 TRLCU, en la medida en que, al repercutir al consumidor gastos para acceso a suministros básicos cuya ejecución se encuadra dentro de la particular esfera obligacional del vendedor (entregar un inmueble destinado a vivienda), se restringe el derecho del consumidor a recibir adecuadamente lo comprado (vivienda habitable), imponiéndole una obligación de pago que incumbe a aquel, esto es, una obligación adicional que nuestro Derecho no contempla para el adquirente de vivienda, de ahí la gravedad de la lesión que le genera su imposición (y por ende el desequilibrio importante), abstracción hecha de la apreciación económica de ese plus que pretende cobrar el vendedor.

D) Gastos para preparar la titulación de la compraventa

D.I) Delimitación con los gastos de escrituración y su posible abusividad

El primigenio art. 10.1.c) LCU establecía en su inciso 11 que no estaba permitida *“en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)”*. La principal crítica doctrinal a esta previsión se centraba en la necesidad de incluir dentro de su enumeración, ya por entonces considerada como meramente ejemplificativa²¹³, los gastos derivados de la propia formalización de la compraventa²¹⁴, objeción que indujo a la interpretación conjunta de ese inciso y del art. 1455 CC²¹⁵ (que, como es sabido, distribuye dichos gastos imputando al vendedor los de otorgamiento de escritura y al comprador los de la primera copia y demás posteriores a la venta), buscando un enfoque más amplio que exigía que la mención a

²¹³ I.a., DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 10.1.c) de la LGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R./SALAS HERNÁNDEZ, J. (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 308; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995, p. 190.

²¹⁴ Por todos, BERCOVITZ, op. cit., 1987, p. 257; REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación*. Comentarios, legislación y jurisprudencia, Valencia, 1993, p. 98.

²¹⁵ MORALEJO IMBERNON, N.I., “Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1ª.V.22ª LGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, p. 1182.

los gastos “*que por su naturaleza correspondan*” fuera interpretada en el sentido de costes preparatorios de la titulación distribuidos por ley entre las partes²¹⁶.

Cinco años después de promulgarse la LCU, vio la luz el hoy aún vigente RD 515/1989, contemplando dos alusiones a esa norma *ex art. 10.1.c)*, menciones por las cuales se trataría de evitar que el consumidor adquirente de vivienda tuviera que abonar unos gastos que corresponden al profesional, a cuyo fin se establecieron dos mecanismos: el primero, de carácter informativo durante la fase promocional, que obliga a tener a disposición del público información sobre la forma en que se documentará el contrato, donde se hará constar de manera legible “*que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor*” (art. 5.4.a); el segundo, que prohíbe la inclusión en dicho contrato de cláusulas que “*impongan, en la primera venta de viviendas la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por Ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)*” (art. 10.d). A partir de entonces se entendió que ya no era preciso forzar el texto de la norma y equiparar la alusión a la naturaleza de los gastos a las prescripciones legales en materia de costes de formalización contractual, puesto que el art. 10.d) RD 515/1989 incorporaba de manera explícita la llamada a la ley, que, ante la falta de especificación, comprendería tanto las normas imperativas como el Derecho dispositivo en general²¹⁷.

Más tarde, la entrada en vigor de la LCGC trajo consigo la modificación de la LCU, a la que se añadió una DA 1ª, lista de cláusulas abusivas, entre ellas, la prevista en su inciso 22, que, recogiendo esa dualidad *gastos que por ley/ por naturaleza*, estableció una regla general, cuyo objetivo era la proscripción de las cláusulas no negociadas que trasladasen al consumidor gastos de documentación y tramitación que “*por Ley imperativa corresponda al profesional*”, sin necesidad de que el contrato fuera de compraventa de vivienda; y una concreta manifestación de esa regla, relativa a la primera venta de viviendas, en la cual se conservaban las prescripciones del inciso 11 *ex art. 10.1.c)* LCU que prohibían al vendedor imponer al adquirente-consumidor los gastos preparatorios de la titulación que “*por su naturaleza*” correspondían a aquel.

La adjetivación “imperativa” de la ley como criterio de atribución de gastos y la enumeración de los actos cuya realización genera gastos atribuibles al vendedor según el criterio de naturaleza (obra nueva, propiedad horizontal e hipotecas), llevaba a

²¹⁶ CABANILLAS, op. cit., p. 190.

²¹⁷ MORALEJO, op. cit., pp. 1172-1173, y 1183, apuntando que tal precepto ampliaba la dicción del inciso 11 *ex art. 10.1.c)* LCU, al incluir los criterios emanados de la ley sobre distribución de gastos de formalización.

considerar que lo sancionable era trasladar al consumidor gastos por actos en los que no intervenía, luego abusiva la repercusión de aquellos ocasionados antes de la formalización y no los de la titulación misma, porque en el otorgamiento de la escritura de compraventa participan ambas partes y porque la regla del art. 1455 CC admite “pacto en contrario” (como reza *in fine* tal precepto), de ahí que se entendiera lícito desplazarla, cargando los gastos de otorgamiento al consumidor. No obstante, en orden a considerar abusivo el desplazamiento de esa regla, parte de la doctrina apuntaba que la misma, *dispositiva* en la contratación ordinaria, se tornaría *imperativa* en el ámbito de la contratación predispuesta²¹⁸.

Lo cierto es que el ordinal 22 DA 1ª LCU solo reconocía, en cuanto al criterio legal de atribución, a la ley imperativa como límite al poder de predisposición empresarial, obviando así la función del Derecho dispositivo como parámetro de control de las condiciones generales²¹⁹, y a la vez dejaba prácticamente vacío de contenido el supuesto de hecho de la regla general prevista en la primera parte del precepto, pues la mayoría de las normas legales que distribuyen gastos de documentación en el marco de la contratación privada son de carácter dispositivo²²⁰. La corrección vino de la mano de la LMPC, que, conservando la prohibición general de imposición al consumidor de dichos gastos, correspondientes *legalmente* al empresario, eliminó el adjetivo “imperativa” con que cualificada a la ley dicho ordinal, de manera que parecía que en el mismo ya encajaría –siendo por ende abusiva– la estipulación que cargara al consumidor con gastos que fueran atribuidos al profesional por norma simplemente dispositiva, como el art. 1455 CC en cuanto a los de escrituración de compraventa.

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que esa era la intención del legislador al erradicar del inciso 22 DA 1ª LCU la palabra “imperativa” respecto al criterio legal de atribución, surgen dudas si tenemos presente que, al ampliar las concreciones de la prohibición general, referidas precisamente a la compraventa (desaparece la restricción de “primera venta” con la redacción dada por LMPC) de viviendas, no se incluyera en el elenco de supuestos particulares la imposición de los gastos de otorgamiento de la

²¹⁸ Así, CUENCA ANAYA, F., “El Consumidor de bienes inmuebles”, en ASN, t. VI, 1992, p. 22; DÍAZ ALABART, op. cit., 1992, p. 308; CABANILLAS, op. cit., p. 90. En contra, por todos, MORRONGO MARTÍN, M.A., “La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas”, en BOTANA GARCÍA, G./RUÍZ MUÑOZ, M. (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, p. 333.

²¹⁹ La noción de Derecho dispositivo como parámetro de control de contenido de las condiciones generales insertas en los contratos con consumidores fue apuntada, i.a., por MIQUEL, op. cit., 2002, “DA 1ª.3”, p. 951.

²²⁰ Lo que, según MORALEJO (op. cit., pp. 1198-1199), vendría a excluir automáticamente del ámbito de la prohibición lo dispuesto en el art. 1455 CC.

escritura de compraventa. Es más, tampoco se aprovechó la ocasión que brindaba el TRLCU para incluirla en la sublista del vigente art. 89.3, precepto que es reproducción exacta del ordinal 22 DA 1ª LCU tras su modificación por LMPC. Esta circunstancia, unida a la dicción del art. 63.2 TRLCU²²¹, ha llevado a sostener la validez de la cláusula que desplace la regla del art. 1455 CC, siempre que no cree, so pena de considerar abusiva tal estipulación, una indeterminación del precio final por falta de transparencia²²².

Sin haber una posición uniforme al respecto²²³, la realidad cotidiana es que los gastos de escrituración de la compraventa de vivienda se imponen al adquirente consumidor en la práctica totalidad de los casos, sin que ello parezca merecer especial atención en sede judicial con base en la prohibición general *ex* art. 89.3 TRLCU. Si la cuestión se reconduce a examinar la validez de la cláusula que los imponga atendiendo, no a su contenido, sino al cumplimiento de las exigencias de transparencia cualificada (sobre la base de que incide en el precio), habría que colegir que tal imposición constituye una excepción a dicha prohibición y que, por tanto, el art. 89.3 *in primis* carece de trascendencia práctica, por lo menos en lo que respecta a los “gastos de documentación”, en el ámbito de dicha compraventa. La crítica al legislador cabe en todo caso: si no pretendía ese efecto, por dejar de incluir la controvertida cláusula dentro de los supuestos particulares que desglosa aquel precepto; si lo pretendía, por no introducir una salvedad expresa a la regla general como sí hace en otros lugares de la lista negra (v.g., art. 85.3 TRLCU).

²²¹ Que, en sede de confirmación documental de la contratación realizada, reza así: “*Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera*”. Si bien es cierto que la compraventa se perfecciona por el mero consentimiento sobre la cosa y el precio (art. 1450 CC), cuando tiene por objeto bienes inmuebles es preciso llenar la forma exigida por el art. 1280 CC (documento público), de ahí que ambas partes puedan compelerse a elevar a escritura pública el contrato privado que hubieran celebrado.

²²² En esta línea, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “La contratación inmobiliaria con consumidores” en CESCO, 2008 (accesible en www.uclm.es/centro/cesco), p. 10; ÁLVAREZ LATA, N., “Compraventa de vivienda”, en BUSTO LAGO, J.M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, pp. 814-815. Cuando el ordinal 22 DA 1ª LCU hablaba de ley imperativa, PERTÍÑEZ (op. cit., 2004, pp. 157 y 158) apuntó que no era posible considerar abusiva tal estipulación con base en dicho ordinal –lo cual cabía, a su juicio, con el originario art. 10.1.c) LCU, inciso 11–, pero sí atendiendo a la cláusula general de abusividad (art. 10 bis LCU tras la LCGC) en caso de que, por un defecto de transparencia, pasara inadvertida para el consumidor.

²²³ Así, el notario MARIÑO PARDO, F.M. (“Obligaciones del vendedor”, en www.franciscomarinoapardo.es, 11.11.2014), indicando que la confusa redacción del art. 63.2 TRLCU ha permitido que sea invocada a favor y en contra de la posibilidad de imponer al consumidor los gastos de escrituración de la compraventa, imposición que, como regla general, prohíbe el art. 89.3 *in primis* TRLCU respecto a los gastos de documentación que, en cualquier contrato B2C, correspondan legalmente al profesional.

Repárese en que si es lícito desplazar la previsión (evidentemente supletoria en la contratación ordinaria, discutible en la B2C no negociada) del art. 1455 CC, lo que se estaría cargando al consumidor –de forma transparente, se entiende– es el pago del arancel notarial por la matriz de la escritura de compraventa, porque el de primera y sucesivas copias ya viene atribuido al comprador por dicho precepto (salvo pacto en contrario que, claro está, no se dará sobre este extremo), que no por el RD 1426/1989, cuya norma 6ª (Anexo II) atribuye una obligación de pago general a quien haya requerido el servicio notarial²²⁴; de hecho, tal norma no debe interpretarse en el sentido de que el consumidor es el obligado a costear tales aranceles por su facultad de elección de Notario (art. 5.4.c. RD 515/1989)²²⁵, el cual no puede serle impuesto para otorgar la escritura pública de venta, a tenor del art. 89.8 TRLCU²²⁶.

En cuanto a los gastos posteriores a la escrituración de la compraventa, cuyo otorgamiento, como es sabido, equivale a la entrega (art. 1462.II CC), ha de distinguirse entre forzosos y eventuales: los primeros son los fiscales, viniendo obligado por ley el comprador a soportar el IVA de la entrega, si es primera, o pagar TPO, si es ulterior, y ADJ por la operación escriturada de compraventa, mientras que la plusvalía corre a cargo del profesional transmitente, sin que pueda imponer su pago al consumidor (para más detalles vid. *supra* epígrafe 4.3.5.B). Los segundos son los de Registro: si bien no es obligatorio inscribir la compra de la vivienda, el adquirente resultará el primer interesado en hacerlo, de modo que, siendo la persona que presente el título de propiedad y a cuyo favor se inscriba el derecho, tendrá que costear los correspondientes aranceles registrales, según la norma 8ª del Anexo II RD 1427/1989²²⁷.

²²⁴ Dice la norma 6ª Anexo II del RD 1426/1989, de 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (en adelante, RD 1426/1989), que “la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”. Los aranceles números 2 y 7 Anexo I son los correspondientes a la matriz (documento de cuantía) y sus folios; el arancel nº 4 a las copias.

²²⁵ CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 2003, p. 497.

²²⁶ Que sanciona como abusiva “la previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”.

²²⁷ Como mínimo el arancel nº 1 (asiento de presentación) y nº 2 (inscripción del derecho) previstos en Anexo I RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (en adelante, RD 1427/1989). La norma 8ª Anexo II atribuye la responsabilidad de pago a la persona o personas a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigible también a quien presente el documento, aunque en todo caso los aranceles se abonarán por el presentante que sea transmitente del derecho o que tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir; los correspondientes a certificaciones (arancel nº 4 Anexo I) serán de cargo de quienes la soliciten.

Todos los gastos devengados antes de la titulación de la compraventa son de cuenta del vendedor, en tanto que *necesariamente incurrirá en ellos para cumplir la obligación de entrega*, cuyo pago puede competirle simplemente por ello (v.g., la implantación de servicios precisos para la habitabilidad de la vivienda y licencia de primera ocupación –vid. *supra* epígrafe 4.3.5.C–), bien porque además venga dispuesto por norma *legal* (caso de la prevista en TRLHL, respecto a la tenencia de la propiedad y el IBI; o en TRLITPAJD, sobre la formalización pública de, entre otros, el préstamo promotor, la declaración de obra nueva, la división horizontal y de la hipoteca, en relación con el impuesto de AJD –vid. *supra* epígrafe 4.3.5.B–) o *reglamentaria* (caso de las normas 6ª y 8ª *ex* RD 1426/1989 y RD 1427/1989, respectivamente, por requerir los servicios notariales y registrales correspondientes al otorgamiento de las escrituras antedichas y presentación de estas para su inscripción).

A los *gastos necesarios* se refiere la letra *a*) del art. 89.3 TRLCU con la expresión “que por su naturaleza corresponden”; en efecto, los costes preparatorios de la titulación que enumera son esenciales para llegar a efectuar la entrega de la vivienda y procurar su pacífica posesión al adquirente, de ahí que no quepa imponerlos al consumidor, respondiendo los supuestos de las restantes letras básicamente a la misma idea²²⁸. A continuación analizaremos los gastos enumerados en art. 89.3.a) TRLCU, distinguiendo los relativos al *préstamo promotor* [constitución, división y cancelación de la hipoteca, así como la subrogación *ex* letra *b*) del precepto] y los demás (obra nueva y propiedad horizontal), estos últimos en agrupación con otros no mencionados pero incardinables en la norma.

D.II) Gastos relacionados con el *préstamo promotor*. Imposición de subrogación hipotecaria

Entre los gastos de preparación de la titulación de la compraventa que “por naturaleza” corresponden al profesional se mencionan, en art. 89.3.a) TRLCU, los de “*hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación*”. La norma se refiere al supuesto del préstamo concertado por el promotor a fin de financiar la construcción de la edificación, sobre la cual se constituye una hipoteca para garantizarlo (tal préstamo hipotecario se conoce como *préstamo promotor*), prohibiéndose la repercusión al adquirente consumidor de los costes asociados a su constitución, división y cancelación [igualmente, como vimos, el art. 10.d) RD 515/1989], al tiempo que, en art. 89.3.b), se declara abusiva la imposición de subrogación o de penalizaciones en caso de no

²²⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit., 2009, “Art. 89”, p. 1124 y doctrina citada en n. 469.

subrogarse el comprador, misma solución que sostenía la doctrina con base en los ordinales 23 y 24 DA 1ª LCU (actuales aptdos. 4 y 5 del art. 89 TRLCU) por entender que se estaría así vinculando la compraventa y el préstamo hipotecario no solicitado²²⁹.

A diferencia de los casos de constitución, división y cancelación hipotecaria, presentes desde el primigenio art. 10.1.c) LCU, reproducidos luego en el ordinal 22 de la DA 1ª añadida por LCGC, la LMPC trajo el supuesto de imposición subrogatoria como nueva letra b) de dicho ordinal, quedando aquellos otros en la letra a). Aun separados, como actualmente siguen en las letras a) y b) del art. 89.3 TRLCU, todos se refieren al préstamo hipotecario del profesional, y a *gastos de su hipoteca* que pretende imponer al consumidor. En efecto, aunque nominalmente no rece así en la letra b), la abusividad de la cláusula que obliga al comprador a subrogarse radica, como dijera el Consejo de Estado vía Dictámen sobre el Anteproyecto de LMPC²³⁰, en que “*supondría que este tendría que hacer frente a los gastos de la hipoteca del vendedor, incluso en condiciones más onerosas de las que podría encontrar en el mercado bancario*”, razón por la que se ha estimado indiferente, a los efectos de considerar abusiva dicha cláusula, que la hipoteca se destine a financiar el pago de parte del precio, o se destine tanto a financiar la construcción de la vivienda como su adquisición²³¹.

Y es que, por mucho que el promotor haya constituido hipoteca en supuesto interés del comprador, estipulándose en el contrato de compraventa que este último se subrogará como pago –de parte– del precio de la vivienda, tal subrogación no puede serle impuesta (literalmente ni *de facto*²³²), pues una cosa es que la hipoteca forme parte del paquete promocional con que el profesional concurre en el mercado inmobiliario, y otra que se haga pasar como una “solicitud de gestión” lo que en realidad fuera una estrategia para vulnerar los derechos de los adquirentes, intentando aparentar el promotor que no tiene interés en el tema y que le hace un favor a aquellos. En efecto,

²²⁹ CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ, op. cit., p. 544, antes de que la LMPC trajera consigo la ampliación de supuestos *ex* ordinal 22 DA 1ª LCU, concretamente la letra b), reproducida exactamente (tanto en orden como en contenido) por el vigente art. 89.3 TRLCU.

²³⁰ Dictámen aprobado en sesión de fecha 9.3.2006, accesible en www.boe.es, referencia 186/2006 (Sanidad y Consumo).

²³¹ MARTÍNEZ ROSADO, J., “La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado”, en *RDBB*, nº 106, 2007, p. 147 (cit. por GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit., 2009, “Art. 89”, p. 1126).

²³² Así, la cláusula que aparentemente da libertad al comprador para subrogarse o no, pero que, por el breve lapso de tiempo impuesto por el promotor para otorgar la escritura de compraventa (desde la obtención de la licencia de primera ocupación o cualquier otra fecha que señale el promotor), de hecho imponga la subrogación, al no darle al adquirente la posibilidad real de seleccionar en el mercado otro préstamo hipotecario. El ejemplo es de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda”, en *Estudios sobre Consumo*, nº 77, 2006, pp. 25-26.

“el momento en que el adquirente puede y debe decidir si le interesa concertar una hipoteca para el pago del precio es en el momento de hacerlo efectivo, en este caso cuando se otorga la escritura pública, de ahí que la asunción de cualquier obligación con anterioridad a ese momento contraviene la lógica negocial y solo se explica porque se haya impuesto por el vendedor. En otras palabras, no tiene sentido que el comprador limite sus propios derechos pidiendo al vendedor que concierte él la hipoteca por un importe previamente establecido y sin ninguna otra condición (tipo de interés, años, cuota, etc.) cuando en nada le beneficia, pudiendo hacerlo después él con plena libertad, en el momento de firmar la escritura de compra”²³³.

Para que la cláusula subrogatoria no sea abusiva debe configurarse como *opción*, que ha de ejercitarse en el momento de la entrega²³⁴, a la que equivale el otorgamiento de la escritura de compraventa, según art. 1462.II CC. Siendo así, de optar por subrogarse y consintiendo la entidad prestamista la subrogación del comprador en la obligación personal del promotor que deriva del crédito²³⁵, el adquirente asumirá como nuevo prestatario el pago de intereses del préstamo hipotecario desde la fecha de aquel otorgamiento por coincidir con la de subrogación; consecuentemente, será abusiva la repercusión de los devengados con anterioridad a dicho momento²³⁶. Téngase además presente que en la venta de viviendas hipotecadas con subrogación de los compradores, el art. 6.1.4º RD 515/1989 exige al promotor que ponga a disposición del público una nota explicativa que indique con claridad *“el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y*

²³³ SAP Murcia, 17.1.2008, FJ 4º.

²³⁴ Pues, como dice GONZÁLEZ PACANOWSKA (op. ult. cit., p. 1126), es el momento en que el comprador estará en situación de valorar si le conviene o no subrogarse.

²³⁵ Como es sabido, mientras el derecho real de hipoteca constituye una obligación *propter rem* y, por tanto, sigue al inmueble con independencia de quién resulte ser el titular dominical del mismo, la obligación personal asumida por el promotor no disfruta de la misma consideración, requiriendo el *consentimiento del acreedor* (entidad crediticia) la subrogación del comprador en dicha obligación personal para que el vendedor quede desligado de la misma, según prevé el art. 118.I LH; por tanto, como advierte ESTEBAN RIBERO, J.S. (“La subrogación del comprador en el denominado préstamo promotor”, en *www.elderecho.com*, 1.10.2014), en el supuesto de que el comprador solo se subrogue respecto de la carga real de hipoteca y no sobre la obligación personal del promotor, será este el obligado a continuar cumpliendo con sus obligaciones de pago al acreedor (prestamista), de forma tal que se podría llegar a la paradoja de que la vivienda adquirida por el comprador, subrogado en la hipoteca, tuviera que llegar a responder por la falta de pago del promotor de alguna de las cuotas correspondientes a la financiación obtenida. Sobre la cuestión de si el no consentimiento del acreedor permite resolver la compraventa, vid., además, ÁLVAREZ LATA, N., “La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 4/2012, pp. 99-117.

²³⁶ Entre otras, SAP Cantabria 11.4.2006, FJ 3º; SAP Madrid, 18.9.2007, FJ 3º. En la doctrina, por todos, SERRA RODRÍGUEZ, A., “La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 232.

la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades”; y es que, cuando la subrogación prevista en el contrato no venga impuesta, será también necesario que el consumidor tenga cumplida información de todos los extremos referidos al préstamo hipotecario en que se subroga así como de los costes asociados y consecuencias económicas de la operación²³⁷.

Aunque el préstamo hipotecario concertado por el promotor lo haya sido para financiar tanto la construcción de las viviendas como su adquisición por los compradores, es claro que, incluso subrogándose, no se podrá repercutir al adquirente los *gastos de constitución* de la hipoteca correspondientes a la parte destinada a la financiación de la construcción²³⁸, ni cargarle con los *gastos de cancelación*²³⁹. Respecto a

²³⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. ult. cit., p. 1127; ÁLVAREZ LATA, op. cit., 2012, p. 102, indicando, también con referencia al art. 60 TRLCU, que, de no facilitársele al comprador toda la información precisa para que tenga pleno conocimiento de las condiciones en que se subroga, estaríamos ante una cláusula ilícita en tanto que la decisión entre optar por la subrogación o no hacerlo carecería de fundamento. Acerca de la información al consumidor como requisito inherente a la validez de la cláusula de subrogación hipotecaria, vid. ARBESÚ GONZÁLEZ, V., “La subrogación del comprador de vivienda en la hipoteca del promotor-vendedor, comentario al artículo 1.14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios”, en *Saberes*, vol. 1, 2009, Separata, pp. 12-16.

²³⁸ SERRA, op. ult. cit., p. 224 y jurisprudencia ahí citada. Como explica la SAP 16.1.2007 (FJ 4º), para determinar el destino dado por el promotor a la suma de dinero entregado por la entidad prestamista y cuya devolución se garantiza con hipoteca (destino que es decisivo de la finalidad del préstamo hipotecario), hay que acudir al contenido de la escritura de préstamo hipotecario que figurará inscrita en el Registro de la Propiedad, siendo evidente que, si nada se dice en la escritura, debe entenderse que la totalidad del préstamo hipotecario lo es para financiar la construcción; por el contrario, si en la escritura se especifica qué parte del préstamo ha de destinarse a la construcción y qué parte es para financiar la adquisición, habrá que atenerse al contenido de la escritura.

²³⁹ Se ha distinguido al respecto si ha habido o no subrogación en el préstamo hipotecario a cancelar en su momento: según una postura, si aun prevista contractualmente la subrogación del comprador, no se subrogara en tal préstamo constituido por el promotor para financiar la construcción, sería este quien debería proceder a cancelarlo, corriendo consecuentemente con los gastos derivados (así, SERRA, op. ult. cit., p. 226 y resoluciones ahí citadas); según otra, los gastos de cancelación corresponderían al comprador si se hubiera subrogado, por derivarse de la amortización realizada por él mismo con posterioridad a la subrogación (MORALEJO, op. cit., p. 1191 y doctrina citada en n. 39). En nuestra opinión, la atención no hay que ponerla tanto en si ha existido o no subrogación (de no haberla, nos parece clara la abusividad de cargar al consumidor con los gastos de cancelación, no obstante, vid. los matices apuntados por GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. ult. cit., pp. 1124-1125), sino en si la misma se hubiera predispuesto: i) *sin más opción*, resultando entonces evidentemente abusiva la asunción por el comprador de los costes de cancelación en caso de querer concertar préstamo con otra entidad (vid. ÁLVAREZ LATA, op. ult. cit., sentencias citadas en p. 101), teniendo en cuenta que, de no convercerle las condiciones del préstamo hipotecario al que se viera obligado a subrogarse, podría buscar otra entidad que las mejorara vía “cancelación subrogatoria” *ex* LSMPH, siguiendo la terminología empleada por “Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria”, imprecisa desde un punto de vista estrictamente jurídico pues toda subrogación *ex* LSMPH no da lugar a la cancelación de la hipoteca en sí sino a que una nueva entidad crediticia se coloque en la posición jurídica del anterior acreedor hipotecario (se extingue, por subrogación

los primeros, incumbe al promotor los costes que ocasionen la formalización e inscripción del préstamo hipotecario: bancarios (comisión de apertura), arancelarios (Notario y Registro²⁴⁰) y tributarios (AJD²⁴¹), siendo abusiva su repercusión según art. 89.3.a) y c) TRLCU. En cuanto a los segundos, dado que para cancelar formalmente la hipoteca se precisa escritura pública de cancelación (art. 3 LH), lo que no podrá hacer el promotor es penalizar la no subrogación cargando al comprador, no ya el coste tributario, pues la operación escriturada de cancelación está exenta de AJD²⁴², sino el notarial así como la comisión bancaria de cancelación, pues ello sería abusivo conforme a las letras a) y b) del art. 89.3 TRLCU.

Nos referiremos por último a los gastos de *división de la hipoteca*. Téngase en cuenta que, existiendo una pluralidad de bienes hipotecados afectos a la misma obligación garantizada, ya sea de forma originaria (por hipotecarse a la vez en garantía de un solo crédito) o sobrevenida (cuando la finca hipotecada se divida en dos o más, o se segregue de ella alguna parte), el principio de especialidad registral exige, a efectos de inscripción, la determinación en el Registro de la Propiedad de la cantidad o parte de gravamen de que cada uno deba responder²⁴³ (*inter partes* o frente a terceros), esto es, la distribución de la responsabilidad hipotecaria²⁴⁴.

de acreedor, la obligación garantizada o condiciones financieras del préstamo hipotecario, quedando intacto el derecho real o condiciones no financieras; como dice ROVIRA PEREA, J., "Cancelaciones obligaciones y reales tras la reforma de la Ley 2/1994", en *www.notariosyregistradores.com*, 4.3.2008, es una "cancelación de préstamo" que no implica cancelación de la "hipoteca"), mas en todo caso la *cancelación subrogatoria* ocasiona comisiones bancarias a satisfacer al acreedor original (vid. arts. 7-9 Ley 41/2007); ii) como *opción* a concertar un préstamo con otra entidad financiera, siendo abusiva la cláusula que atribuya la posibilidad de subrogarse o bien cancelar el préstamo con asunción de gastos, y lícita si atribuyera la opción sin coste de cancelación para el comprador (cfr. PERTÍÑEZ, op. cit., 2006, p. 25).

²⁴⁰ Como comentamos *supra*, de las normas 6ª y 8ª ex RD 1426/1989 y RD 1427/1989 resulta que vendrá obligado al pago de los aranceles notariales y registrales (respectivamente) el promotor, por ser quien requirió (no el comprador) los servicios correspondientes al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y presentación de ésta para su inscripción.

²⁴¹ Tal como explicamos en el epígrafe 4.3.5.B, el promotor tendrá que pagar AJD por la documentación en escritura pública del préstamo hipotecario *en tanto que prestatario*, pues señalando el art. 29 TRLITPAJD que "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan", el art. 68 RITPAJD aclara en su 2º pfo. que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

²⁴² Art. 45.I.B.18 TRLITPAJD.

²⁴³ El art. 216 Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (en adelante, RH), establece *in primis* que "no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder", y a continuación, refiriéndose a la distribución por convenio, permite acordarla en el mismo título de constitución de hipoteca o en otro documento público "o en solicitud dirigida al Registrador

Dicha distribución, obligatoria o voluntaria (mas imperativa para la inscripción) dependiendo de que la pluralidad objetiva sea originaria o sobrevenida²⁴⁵, está sujeta a la exigencia general de documentación pública *ex art. 3 LH*, si bien el art. 216 RH introduce una excepción, al permitir la distribución en documento privado con firma auténtica (bien por rúbrica o ratificación ante el Registrador, bien por legitimación notarial de las firmas), con lo cual se consigue acceder al Registro sin exacción de AJD al no formalizarse la distribución en escritura pública. Aunque se ha señalado que el ámbito propio de esta operación vía instancia privada es el de la pluralidad originaria, lo cierto es que la DGRN admite su “extensión” a los supuestos de la sobrevenida²⁴⁶, y de hecho ha venido siendo práctica común en el sector inmobiliario posponer la distribución de responsabilidad hipotecaria al final de la obra, como alternativa a declarar la obra nueva y la división horizontal y formalizar el préstamo promotor con la correspondiente distribución entre los componentes resultantes de dicha división horizontal.

La diferencia es que mientras en este último caso no se realiza, desde el punto de vista fiscal, dos hechos imponibles por la garantía real (uno por la constitución y

firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas”, esto es, contempla la posibilidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria en documento privado.

²⁴⁴ A ello se refiere el art. 124 LH al establecer que “*dividida la hipoteca* constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca”. Precisamente por estar dividida la hipoteca (distribuida la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas), la amortización de la cuota de que responde la concreta vivienda del comprador produce la liberación del gravamen de esta, y la cancelación que se inste será parcial respecto de la hipoteca total, esto es, cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca liberada. Sin distribución la hipoteca es solidaria y no se podrá pedir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que se satisficiera. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (“Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria”, en *REDUR*, nº 1, 2003, p. 212) apunta que dicho precepto contempla una regla excepcional, atendiendo al carácter indivisible de la hipoteca (art. 1860 CC) y a la no obligación del acreedor a admitir pagos parciales (art. 1169 CC).

²⁴⁵ Si es originaria, la distribución de responsabilidad, según el art. 119 LH, resulta obligatoria, no permitiéndose, por tanto, la posibilidad de que se hipotequen conjuntamente varias fincas a la vez sin especificar la parte de responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada una de ellas; en caso de pluralidad objetiva sobrevenida, tal distribución, según el art. 123 LH, requerirá el acuerdo voluntario de acreedor y deudor, renunciando el primero en tal caso a la típica indivisibilidad de la hipoteca, carácter que no obstante se mantiene respecto de la parte de crédito asignada a cada bien.

²⁴⁶ Así, DÍAZ CADÓRNIGA, J. (“La peligrosa distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado”, en *www.notariosyregistradores.com*, 29.6.2009), criticando que, si bien el art. 216 RH solo puede ser desarrollo del art. 119 LH (pluralidad originaria) *ergo* el caso contemplado en el art. 123 LH (sobrevenida) seguiría la regla general de documentación pública, la RDGRN de 7.1.2004 vino a admitir la distribución en documento privado no solo en supuestos *ex art. 119 LH* sino también en los del art. 123 LH (haciéndose eco de dicha Resolución, la SAP Valencia 30.9.2004, FJ 2º), lo que a juicio de este notario entraña una serie de peligros, tanto fiscales como de titulación y ejecutividad.

otro por la distribución, sino que se subsume en el hecho imponible de préstamo hipotecario), gravando el impuesto de AJD la declaración de obra nueva, la división horizontal y el préstamo hipotecario; en caso de distribución diferida a la inicial constitución de hipoteca (realizándose la declaración de obra nueva y la división horizontal a la conclusión) se puede obligar a liquidar AJD sobre la distribución, al realizarse como concepto independiente²⁴⁷, siempre que, claro está, se documente en escritura notarial. Precisamente para evitarlo cabe, y de hecho no es nada extraño, formalizar la distribución hipotecaria en documento privado, como una legítima “economía de opción”²⁴⁸, que además beneficiaría al consumidor por cuanto el único coste seguro que ocasione es el de Registro²⁴⁹, luego no habría riesgo de imponerle los gastos notariales y fiscales que necesariamente acontecerían de documentar aquella en escritura pública, imposición que de todas formas prohíbe el art. 89.3 TRLCU.

²⁴⁷ Aun cuando se ha discutido si la distribución de responsabilidad supone o no un hecho imponible adicional en AJD al que por el mismo impuesto corresponde la constitución de hipoteca (al respecto vid. JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M., *Todo transmisiones 2014*, Valencia, 2014, p. 470), la mayoría de Administraciones autonómicas obligan a liquidar el impuesto sobre la distribución cuando no es simultánea a la constitución de la hipoteca, como apunta MONTOYA MATEOS, P. (*Gestión de promociones inmobiliarias*, Madrid, 2004, p. 88), señalando que, de posponerse la división horizontal –y con ella la distribución de responsabilidad–, el promotor conseguiría aplazar el pago de AJD que grava su escritura, así como el pago, al Registro de la Propiedad, de la inscripción de todos los pisos y/o locales resultantes de dicha división.

²⁴⁸ Así la conceptúa MÍNGUEZ JIMÉNEZ, F., “Comentarios a las consultas emitidas por la Dirección General de Tributos”, Febrero 2004, en *www.notariosyregistradores.com*, sobre la consulta nº 1893-03.

²⁴⁹ Como vimos antes, el documento privado de distribución no tiene por qué ser objeto de legitimación notarial de firmas, pues también puede rubricarse o ratificarse ante el Registrador, accediendo así a su inscripción (art. 216 RH); mas si se optara por autenticarlas mediante testimonio de legitimación de firmas *ex art. 258* del Reglamento Notarial igualmente se evitaría incidir en la *cuota variable* de AJD, puesto que el hecho imponible exige su documentación en escritura o acta notarial (art. 72 TRLITPAJD), no quedando comprendidos en su órbita los testimonios, que sí están sujetos a la exigua *cuota fija* de AJD por extenderse en papel timbrado (0,3 € por pliego o 0,15 € por folio, art. 71 TRLITPAJD), cosa que por cierto no exige el art. 262 de dicho Reglamento (basta con que la diligencia de testimonio se haga en papel de los Colegios Notariales y ello cuando no fuera posible extenderla en el propio documento testimoniado), de manera que cabría la duda de si existe la necesidad de expedir los testimonios en papel timbrado conforme exige la normativa fiscal (sobre esta cuestión vid. RDGRN de 4.1.2011), *ergo* si no fuera necesario ni siquiera habría que pagar esa cuota fija, aunque sí el arancel nº 5 Anexo I RD 1426/1989. Téngase presente que la no sujeción de la instancia privada de distribución hipotecaria (nos referimos a la cuota variable de AJD) es predicable incluso cuando incluya el valor de tasación de las fincas hipotecadas (vid. Resolución del TEAC de 12.5.2009, nº 00/7209/2008), y que la elevación a público del documento privado (la protocolización de la distribución tiene como fin cumplir con el art. 682 LEC, al exigir que el valor de tasación conste en escritura pública) tampoco debería tributar por el gravamen gradual de AJD: vid. los argumentos a favor expuestos por DÍAZ CADÓRNIGA, op. cit.; ZEJALBO MARTÍN, J., “Fiscalidad de la modificación y protocolización del valor de tasación de los préstamos hipotecarios”, en *www.notariosyregistradores.com*, 18.8.2014, y doctrina citada.

D.III) Otros gastos preparatorios de la titulación

Además de los gastos antes vistos, el art. 89.3.a) TRLCU enumera los relativos a obra nueva y propiedad horizontal. Recordemos lo dicho respecto a la enumeración *meramente ejemplificativa* que hacía el primigenio art. 10.1.c), inciso 11 LCU, carácter no exhaustivo que es igualmente predicable de la norma actual, lo cual permite entender comprendidos en la misma otros gastos no citados²⁵⁰, como los de segregación o agrupación de fincas, los de obtención de licencia de primera ocupación [en relación con letra d) del art. 89.3 TRLCU], los derivados de la contratación de las garantías *ex* art. 1.1ª Ley 57/68 –desde el 1.1.2016 en aptdo. uno.1.a) DA 1ª LOE– y art. 19 LOE, etc., gastos que, como vamos a ver a continuación, guardan a su vez relación con la declaración de obra nueva y la constitución del régimen de propiedad horizontal, de ahí que la imposición de su pago al consumidor pueda resultar abusiva de forma independiente o por asociación con aquellas.

Comenzando por la obra nueva, hemos de distinguir su declaración registral, que tiene por finalidad constatar en el Registro de la Propiedad el hecho de la construcción de una edificación o su modificación²⁵¹, de lo que es su declaración catastral, que a diferencia de la anterior resulta legalmente obligatoria, y ello en orden a que se incorpore al Catastro la realización de nueva construcción en un bien inmueble (el solar sobre el que se edifica como supuesto típico), con objeto de que la descripción catastral de este concuerde con la realidad²⁵². Es necesario declarar ante el Catastro esa alteración física: i) por su carácter tributario censal²⁵³, siendo la nueva construcción objeto de gravamen en el devengo del IBI inmediatamente posterior al momento en que se produzcan los efectos catastrales²⁵⁴; ii) para dar cumplimiento al

²⁵⁰ SERRA, op. cit., p. 222 y doctrina citada en n. 46; GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. ult. cit., p. 1123 y autores citados en n. 468.

²⁵¹ Advierte LLOPIS BENLLOCH, J.C. (“Las declaraciones de obra nueva. Modalidades y requisitos. Las actas de finalización de obra”, en *www.notariosyregistradores.com*, 23.4.2008), que la finalidad de declarar la obra nueva no es adquirir la propiedad de la edificación, pues esta se adquiere por accesión (“*el propietario de una finca tiene entre las facultades del dominio, el hacer suyo lo que la finca adquiere por accesión: el supuesto más importante es el del ejercicio del ius edificandi, en cuyo caso se modifica la estructura de la finca, y ello se puede hacer constar en el Registro por medio de la declaración de obra nueva*”), sino concordar la realidad jurídica registral y extraregistral, tanto originarias –se inscribe el solar pero no la edificación– como sobrevenidas –si al inscribir el solar no existía la edificación–. Desde esta perspectiva, se trata simplemente de acreditar la incorporación a la finca de lo que se une por accesión.

²⁵² Arts. 11.1 y 16.2.a) TRLCI, y Resoluciones de DGT a consultas de 28.2.2005 y 29.9.2010.

²⁵³ Según el art. 12.1 TRLCI los procedimientos de incorporación al Catastro (uno de los cuales es el de incorporación mediante declaración *ex* art. 11.2.a TRLCI) tienen naturaleza tributaria.

²⁵⁴ Art. 75.3 TRLHL. De acuerdo con el art. 17 TRLCI, la realización de la nueva construcción tendrá efectos catastrales el día siguiente al de la fecha de terminación de la obra acreditada en el correspondiente

art. 76.3 TRLHL, según el cual los ayuntamientos podrán exigir la acreditación de haberse presentado la declaración catastral de nueva construcción para la tramitación de la licencia de primera ocupación.

La diferencia de trato que dispensa el legislador al ingreso de la nueva construcción en el Catastro y en el Registro, sin imposición respecto a este último, se aprecia en la expresión utilizada en el art. 202 LH (también en art. 308 RH) para referirse a la inscripción registral de aquella: “podrá inscribirse en el Registro”. La incorporación de los inmuebles y sus alteraciones en el Catastro se configura como una actividad administrativa a iniciativa obligatoria de su titular, y ello vía procedimiento que el TRLCI denomina de “declaración”, documento por el que “se manifiesta o reconoce ante el Catastro Inmobiliario que se han producido las circunstancias determinantes de un alta, baja o modificación de la descripción catastral de los inmuebles”²⁵⁵, cuya traducción práctica consiste en cumplimentar –en el caso que nos ocupa– el modelo 902N (declaración catastral de nueva construcción). La incorporación registral es legalmente facultativa para el dueño de la obra, aunque necesaria con fines de seguridad jurídica²⁵⁶ y de hipotecar el edificio o los pisos y locales²⁵⁷, siendo el vehículo de acceso al Registro

certificado de finalización de obra. Como el IBI se devenga el primer día del período impositivo, y este coincide con el año natural (art. 75.1 y 2 TRLHL), los efectos tributarios se producirán el uno de enero siguiente al de la fecha certificada de terminación de la obra.

²⁵⁵ Dispone el art. 11.1 TRLCI que “la incorporación de los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como de las alteraciones de sus características, que conllevará, en su caso, la asignación de valor catastral, es obligatoria y podrá extenderse a la modificación de cuantos datos sean necesarios para que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad”, obligación que el art. 13.2 TRLCI atribuye a lo titulares catastrales de los inmuebles (es titular catastral, según art. 9.1 TRLCI, quien ostenta, sobre la totalidad o parte de un bien inmueble, el derecho de propiedad plena o menos plena, una concesión administrativa, el derecho real de superficie o un derecho real de usufructo sobre el inmueble), quienes están “sujetos a la obligación de formalizar las *declaraciones* conducentes a la incorporación en el Catastro Inmobiliario de los inmuebles y de sus alteraciones”; obligación que se instrumenta vía declaración, esto es, uno de los procedimientos de incorporación señalados en art. 11.2 TRLCI y concretado en art. 13 TRLCI, cuyo aptdo. 1º define las declaraciones como “documentos por los que se manifiesta o reconoce ante el Catastro Inmobiliario que se han producido las circunstancias determinantes de un alta, baja o modificación de la descripción catastral de los inmuebles”.

²⁵⁶ Téngase presente que mientras los datos que obran en Catastro sobre el inmueble declarado se presumen ciertos (art. 3.3 TRLCI), su *titularidad dominical solo se presume veraz si consta en Registro*, sin perjuicio de la titularidad catastral. Existe una complementariedad de Catastro y Registro, pues la presunción de exactitud del Registro de la Propiedad, según reiterada doctrina del TS (como recuerda la STS 15.4.2003, FJ 2º), no alcanza a los datos y circunstancias de mero hecho que puedan figurar en sus asientos, y es que las circunstancias físicas de la finca inscrita no están comprendidas en el principio de fe pública registral (SAP Madrid, 23.12.2011, FJ 3º).

²⁵⁷ Como señalan CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ (op. cit., p. 103), su hipoteca requiere la declaración de obra nueva inscrita en el Registro, por la constitución registral del derecho de hipoteca, cuya inscripción exige, en virtud de los arts. 51 RH y 8.5º LH, la previa inscripción del edificio, con las descripciones oportunas sobre los datos de hecho del mismo. Por su parte, MARÍÑO PARDO, F.M. (“La declaración de obra

la descripción de la obra en título documental referente al inmueble, no necesariamente notarial, y aunque lo fuere no tiene por qué tratarse de una escritura pública específicamente destinada a tal fin²⁵⁸ (documento notarial denominado “declaración de obra nueva”) aunque resulte la opción consagrada en la práctica.

Por otra parte, la obra nueva puede declararse, a efectos registrales, bien *en construcción* o bien *terminada*²⁵⁹, mientras que su declaración catastral debe hacerse

nueva. Doctrina de la DGRN”, en *www.iurisprudente.com*, 18.12.2014) considera que el propietario puede declarar la obra sin intervención del acreedor hipotecario, claramente cuando lo hipotecado sea el suelo edificable, pues la hipoteca no afecta a sus facultades dispositivas, sin perjuicio del posible pacto de extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones, y discutiblemente cuando se pretenda modificar una edificación ya hipotecada, aunque a su juicio tampoco es imprescindible que intervenga el acreedor hipotecario, pues el propietario, que conserva sus facultades dispositivas, se limita a constatar un hecho, sin perjuicio de los efectos que la modificación del objeto de la hipoteca pueda tener en la relación acreedor-deudor y de que, a esos efectos, sea conveniente contar con el consentimiento de aquel.

²⁵⁸ Como ha señalado la DGRN, ninguna exigencia urbanística, de ordenación de edificación ni de carácter hipotecario general impone que las declaraciones de construcciones que se contengan en fincas que pretendan su acceso a Registro deban realizarse necesariamente en una escritura otorgada exclusivamente a tal efecto, admitiendo la inscripción de la declaración de obras nuevas en auto aprobatorio de expediente de dominio para reanudación del tracto (RDGRN 18.6.1991, FJ 2º) y las contenidas en certificado de dominio para la inmatriculación de fincas (RDGRN 22.5.2013, FFJJ 4º y 5º). Acerca de la inscripción de obras nuevas, el art. 45 del RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en adelante, RD 1093/97), establece que “*los edificios o mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria*” (a tal efecto, deberá constar en dichos títulos “*al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente*”). Por su parte, el art. 308 RH recoge dos posibilidades de inscripción: i) descripción de la obra nueva en alguno de los títulos que se refieran al inmueble, en los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales sobre la propia finca; ii) escritura pública descriptiva de la obra nueva otorgada por el legitimado para ello, o en la que además del propietario de la finca, intervenga el contratista de la obra, para manifestar que ha sido reintegrado del importe del coste de esta. Estas dos alternativas se contenían sustancialmente en el art. 208 LH antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo; tras ella, la previsión pasa al art. 202 LH, donde desaparece la referencia expresa a la escritura pública de obra nueva (que sin embargo se mantiene en art. 308 RH, con referencia al anterior art. 208 LH), rezando su primer párrafo así: “*las nuevas plantaciones y la construcción de edificaciones o asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, otorgados de acuerdo con la normativa aplicable para cada tipo de acto, en los que se describa la plantación, edificación, mejora o instalación*”. En resumen, basta la descripción de la obra en título inscribible, aunque documente otro negocio jurídico sobre el inmueble, siempre que cumpla los requisitos legales para el acceso registral de las obras nuevas.

²⁵⁹ Los requisitos para la formalización e inscripción registral de estas dos modalidades de declaración se contemplan, a nivel estatal, en art. 46 y ss. RD 1093/97, y en art. 20 RD 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (en adelante, TRLS); y a nivel autónomo, refiriéndonos a la normativa andaluza, en art. 176 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía

conforme hemos visto en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la fecha de terminación acreditada mediante certificado final de obra²⁶⁰, que es exigido por los Notarios y Registradores para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada²⁶¹. Si se optase por declarar la obra nueva en construcción, la normativa requiere, al fin de la obra, acta notarial acreditativa de su terminación²⁶², que no tributa por el gravamen gradual de AJD (cuestión distinta es su sujeción al correspondiente arancel notarial) pues aunque tiene acceso al Registro carece de contenido económico dado que la obra ya habrá tributado en la escritura de declaración²⁶³.

Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, así como actas de finalización de obras, los Notarios y Registradores exigirán que se acredite documentalmente *“el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación*

(en adelante, LOUA), y en art. 27 Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, RDU).

²⁶⁰ Art. 28.2 RD 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, y RDGT de 29.9.2010.

²⁶¹ Art. 46.3 RD 1093/97; art. 20, aptdos. 1, 2º pfo., y 2 TRLS; art. 176.1.b) LOUA; art. 27.1.b) RDU.

²⁶² Arts. 47.1 RD 1093/97, 176.2 LOUA y 27.2 RDU. La escritura de obra nueva en construcción requiere certificado de técnico competente acreditativo del ajuste de la descripción de la obra al proyecto para el que se concedió la licencia. Los requisitos descriptivos de la obra *ex* art. 45 RD 1093/97 suelen incluirse en dicho certificado que se une a la escritura pasando a formar parte de la misma, pero en todo caso la descripción en el título debe ser totalmente coincidente con el certificado. Para el acta notarial de fin de obra, declarada en su día en construcción, también se precisa certificado de técnico competente, que no tiene por qué comprender las menciones de aquel precepto en caso de ser el mismo técnico que certificó la declaración de obra nueva en construcción, bastando que del certificado conste que se trata de la misma edificación (en este sentido, vid. RDGRN 1.6.2002, FJ 2º), y en el que tampoco es necesario reiterar que la obra se ajusta al proyecto y a la licencia salvo que se modifique la obra tal y como consta en el registro en construcción. Si la obra nueva se declara directamente terminada, es preciso, conforme vimos antes, certificado final de obra (habitualmente expedido por la Dirección Facultativa, aunque el art. 50 RD 1093/97 contempla a otros posibles técnicos competentes) que acredite que dicha obra ha finalizado conforme a la descripción del proyecto para el que se obtuvo licencia, que igualmente debe ser testimoniado en la escritura pública y acreditado al Registrador. Téngase presente que es posible suplir los correspondientes certificados técnicos *“por comparecencia del técnico en el mismo acto del otorgamiento de la escritura o autorización del acta que, en cada caso, proceda”* (art. 49.1 RD 1093/97).

²⁶³ Como señala la RDGT de 13.11.2001, las actas notariales de finalización de una obra nueva, declarada previamente en construcción, constituyen documentos sujetos, en principio, al gravamen de AJD, pero, partiendo de la consideración de la declaración de obra nueva en construcción como un acto jurídico de documentación compleja (en cuanto supone la necesidad de dos instrumentos públicos para su inscripción registral: la escritura de declaración y el acta de terminación), ha de entenderse que la presentación de cualquiera de los instrumentos notariales inicia un procedimiento de liquidación del gravamen que recae sobre el acto jurídico documentado y que, de igual forma que no sería admisible que, merced al desdoblamiento documental, una obra nueva llegase a ser inscrita en el Registro de la Propiedad sin haber satisfecho el tributo, si en el curso del procedimiento se acreditase que este ya ha sido liquidado en otro procedimiento anterior, sobre otro de los documentos, no deberá girarse nueva liquidación para no incurrir en duplicidad.

reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios"²⁶⁴, lo que, en palabras de la DGRN, significa que no se autorizarán por unos ni se inscribirán por los otros escrituras de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la LOE sin que se les acrediten tanto el Libro Edificio a que se refiere su art. 7 como el seguro decenal regulado en su art. 19²⁶⁵. Sobre esto último, dado que el art. 20.1 LOE impide que se autoricen (Notario) o inscriban (Registro) escrituras de declaración de obra nueva sin acreditarse la constitución de las garantías *ex art. 19 LOE*, la contratación de seguro obligatorio podría entenderse como un gasto más para declarar la obra nueva, luego desde esta perspectiva sería abusiva la repercusión de las primas de seguros concertados por el promotor, con independencia de que lo sea por el carácter de coste preparatorio de la titulación que *per se* tiene el pago de estas garantías legalmente exigibles.

Con todo, téngase presente que la declaración de obra nueva documenta el "objeto" de la división horizontal. Mediante esta última se configuran como elementos privativos, susceptibles de propiedad singular y exclusiva, diversos pisos o locales en la edificación, junto con los elementos comunes del edificio, sujetándolos al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH). La legislación hipotecaria considera suficiente para el acceso registral de la obra nueva su descripción en los títulos que se otorguen para documentar otros actos inscribibles, como lo sería el propio título que documentase la división horizontal²⁶⁶. Ahora bien, aunque se realizaran simultáneamente y se contuvieran en la misma escritura, la declaración de

²⁶⁴ Letra a) del art. 20.1 TRLS. Su letra b) también exige que se acredite documentalmente "*el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable*", lo que se ha entendido como necesidad de aportar a la escritura de declaración de obra nueva terminada o al acta de finalización (en caso de obra declarada previamente en construcción) la licencia de primera ocupación, que de hecho es requerida reglamentariamente en Andalucía (art. 27.2 RDU). No obstante, la DGRN ha señalado que dicha licencia no resulta exigible a tales efectos, entre otras, en resoluciones de 9.12.2008 (FJ 3º) y de 9.1.2010 (FJ 4º), esta última refiriéndose por cierto a la LOUA: "*debe concluirse que nada autoriza a realizar una interpretación (...) de la que se desprendiera la necesidad de acreditar, en el momento de la autorización de la escritura de declaración de obra nueva otorgada por el promotor –o en el acta de fin de obra–, la previa obtención de la licencia de ocupación y primera utilización prevista en el artículo 169 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía*".

²⁶⁵ Resolución-Circular DGRN de 26.7.2007, resolviendo consulta de la Asociación de Promotores Constructores de España efectuada por escrito de 30.5.2007, pto. 6º. Para un análisis *in extenso* de estos requisitos de la LOE y su relación con la declaración de obra nueva, vid. SUÁREZ PINILLA, J.I., "La escritura pública e inscripción registral de la obra nueva. Especial referencia a la normativa de Andalucía", en *www.notariosyregistradores.com*, mayo 2012.

²⁶⁶ MARIÑO PARDO, F.M., "El ajuste de la división horizontal a la declaración de obra nueva. El artículo 53.a del Real Decreto 1093/1997. La división horizontal de la vivienda unifamiliar y otros supuestos. La Resolución DGRN de 3 de octubre de 2014", en *www.iurisprudente.com*, 3.1.2015.

obra nueva y la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal son dos convenciones sujetas separadamente al impuesto de AJD, que deberán tributar de forma independiente²⁶⁷.

De todas formas, se advierte que para la inscripción de dicho régimen, la LH no exige que conste la previa o simultánea inscripción de la declaración de obra nueva del edificio²⁶⁸, y que la DGRN ha dicho que la LPH *“en ningún momento, exige la previa declaración de obra nueva, la cual nunca es requisito indispensable para la constitución de tal régimen, puesto que el mismo se puede constituir contando como base una edificación antigua que tenga unidades susceptibles de aprovechamiento independiente”*²⁶⁹, tal sería el caso, v.gr., de una agrupación o una segregación, operaciones cuya documentación pública está sujeta a AJD como conceptos separados aunque coincidiera la inscripción de cada una con la constitución de la propiedad horizontal. Con todo, el promotor inmobiliario, al declarar la obra nueva, puede segregar del solar la parte de suelo sobre la que se levanta el edificio, dejando el resto como finca matriz de propiedad suya, y no como elemento común del inmueble en propiedad horizontal; también puede segregar este resto no construido, reteniéndolo en su propiedad²⁷⁰.

La complejidad y diversidad del fenómeno constructivo hace preciso distinguir la propiedad horizontal, ordinaria y “tumbada”, y el complejo inmobiliario. Este último se caracteriza frente a la propiedad horizontal ordinaria por tener como objeto no un edificio individual, sino una pluralidad de parcelas o edificaciones. El art. 24 LPH contiene una regulación de los “complejos inmobiliarios privados”, que, pese a no

²⁶⁷ Art. 4 TRLITPAJD y RDGT de 5.11.2009, poniendo esta el acento en que las declaraciones de obra nueva y división horizontal solo tienen por finalidad modificar la situación del inmueble en el Registro (*“ya sea su configuración física, mediante la declaración de obra nueva, o su configuración jurídica mediante la constitución de la división horizontal; mediante la declaración de obra nueva se declara la existencia o la construcción de una edificación; mediante la constitución del régimen de división horizontal se divide un inmueble en diversos pisos independientes, asignando a cada uno un coeficiente de participación en los elementos comunes de todo el edificio, necesarios para el adecuado uso y disfrute de los distintos pisos independientes, siendo tal cuota inherente e inseparable a la propiedad del piso, con el que forma una unidad aún cuando recaigan sobre distintos objetos y tengan distinto alcance”*), sin que modifiquen la titularidad de la finca, que, ya sea una en pro indiviso o varias en régimen de propiedad horizontal, siguen perteneciendo al mismo o mismos titulares que antes de llevarse a cabo dichas declaraciones. En idénticos términos, RDGT de 14.3.2013.

²⁶⁸ CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ, op. cit., p. 107, refiriéndose a que los aptdos. 4º y 5º del art. 8 LH no contemplan esa exigencia; señalan estos autores que, no obstante, dicha declaración viene sustancialmente contenida en la descripción obligatoria del edificio a que se refiere el art. 8.4º LH.

²⁶⁹ RDGRN 23.10.2002, FJ 2º, revocando la calificación de la Registradora, que negó la inscripción de una escritura de segregación y división en régimen de propiedad horizontal por no ir precedida la división horizontal de previa declaración de obra nueva.

²⁷⁰ En defecto de una operación de segregación, el resto de solar no edificado pasa a ser elemento común del inmueble: CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ, op. cit., p. 105 y resoluciones ahí citadas.

tener la naturaleza de propiedad horizontal propiamente dicha, les resulta aplicable el régimen especial de propiedad *ex art. 396 CC*²⁷¹, siempre que reúnan, entre otros, el requisito de estar “*integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea la vivienda o locales*”. Dado que es posible constituir un complejo inmobiliario sobre una única finca registral (o sobre varias, sin necesidad de agrupación entre sí²⁷²), esta institución se distinguiría de la propiedad horizontal “tumbada” (calificativo bajo el que indebidamente suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos) en que sus titulares participan, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos, por tanto en el complejo inmobiliario lo común son elementos accesorios [viales, instalaciones o servicios, cita el art. 24.1.b) LPH], mientras que el suelo es común en la auténtica propiedad horizontal, atribuyéndosele el adjetivo de tumbada tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen horizontalmente (como sí ocurre en la propiedad horizontal ordinaria) sino que se sitúan en el mismo plano horizontal²⁷³.

La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito²⁷⁴. Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca –o derecho de vuelo– que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior, pues no hay división o fraccionamiento

²⁷¹ Como apunta la RDGRN 3.12.2009 (FJ 3º), el art. 24 LPH extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan los requisitos establecidos en dicho precepto.

²⁷² Art. 17.3, pfo. 2 TRLS, aunque exigiendo que sean colindantes o, de no serlo, que estén separadas por terreno que tenga “*la condición de dominio público, ser de uso público, servir de soporte a las obras de urbanización, o ser computables a los efectos del cumplimiento del deber de entregar a la Administración el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención*”.

²⁷³ RDGRN 21.1.2014, FJ 7º. Ejemplo de propiedad horizontal tumbada serían las viviendas adosadas, por mantener el suelo en común y la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asientan.

²⁷⁴ Dispone el art. 10.3 LPH que requerirán autorización administrativa, en todo caso “*a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos*”. Según la RDGRN 17.10.2014, FJ 3º, con cita a la RDGRN 28.5.2014 (FJ 4º), dicho precepto y aquel al que remite (art. 17.6 TRLS) “*deben ser interpretados y aplicados de forma coordinada dada la estrecha relación existente entre los mismos, en cuanto expresión de una misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación*”.

jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, dado que no existe alteración de forma (la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de infracciones urbanísticas cometidas), superficie o linderos²⁷⁵.

4.4. TIPOLOGÍA DESTACABLE EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO QUE FINANCIA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA

4.4.1. Consideraciones comunes: marco normativo. Análisis crítico de la regulación relativa a la *financiación no bancaria* y los servicios de intermediación financiera

La necesidad de obtener financiación para adquirir una vivienda conlleva la búsqueda por el consumidor de los préstamos disponibles en el mercado. El vertiginoso crecimiento del crédito hipotecario, vinculado al incremento de la demanda en el sector inmobiliario, supuso el auge de empresas que, sin tener la condición de *entidades de crédito* (inscritas como tales en los registros oficiales del Banco de España –en adelante, BdE– y bajo su supervisión), vendrían a competir con estas últimas en la concesión de préstamos hipotecarios.

Cuando dicha concesión sea una operación de “crédito bancario”, entendiendo por tal el concedido por instituciones supervisadas por el BdE (entidades de crédito o asimiladas²⁷⁶), se cuenta con una regulación: i) *específica* en materia de subrogación y

²⁷⁵ Así, la RDGRN 21.1.2014, FJ 7º, que, no obstante, entra en la casuística, destacando elementos como el carácter discontinuo de las edificaciones, el régimen estatutario que autorizaba a cada titular a realizar por sí mismo divisiones, segregaciones, cambios de naturaleza o desvinculaciones. Para un análisis crítico, vid. MARIÑO PARDO, F.M., “La división horizontal, la propiedad horizontal tumbada y los complejos inmobiliarios. ¿Está sujeta a licencia la división horizontal? Las Resoluciones de 21 de enero de 2014, 3 de octubre de 2014 y 17 de octubre de 2014”, en *www.iurisprudente.com*, 13.1.2015.

²⁷⁶ Según el art. 1 LOSSEC, son entidades de crédito “*las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*” (aptdo. 1), y tienen tal consideración los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y el ICO (aptdo. 2). La LOSSEC y su desarrollo reglamentario (Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero –en adelante, RD 84/2015–) adaptan las condiciones de acceso y de ejercicio de la actividad bancaria por parte de las entidades de crédito, así como su supervisión y sanción por el BdE a los mandatos del *Reglamento (UE) n° 575/2013, sobre requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión*, y de la *Directiva 2013/36/UE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión* (ambos textos de fecha 26.6.2013, publicados en DO L 176, de 27.6.2013, pp. 1-337, y pp. 338-436, respectivamente). En adaptación a esta nueva regulación que incorpora la normativa europea en materia de solvencia de dichas entidades, los “establecimientos financieros de crédito” (EFC), pierden su condición de entidades de crédito (que antes tenían pese a la imposibilidad de captar depósitos del público) pero mantienen intacta su inclusión dentro del perímetro de supervisión y estricta regulación financieras, de ahí

modificación de préstamos hipotecarios, transparencia y responsabilidad en la concesión, contenida, respectivamente, en la LSMPH, la OTPC (Capítulo II del Título III)²⁷⁷ y la Circular del BdE (en adelante, CBE) que la desarrolla²⁷⁸; ii) *transversal* sobre protección del “cliente bancario”, contenida en la LOSSEC y el RD 84/2015, que en tanto adherente de condiciones generales (forma típica de contratación bancaria) será aplicable la LCGC, así como el TRLCU salvo que destine el crédito a la que fuere su actividad comercial²⁷⁹.

Sin embargo, cuando el crédito no procede de ese sector sujeto a las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, sino del denominado, por contraposición, “sector financiero en la sombra” o *shadow banking*²⁸⁰ en su concepción

que podamos considerarlos *asimilados* a esas entidades; en efecto, el nuevo régimen jurídico de los EFC, contenido en Título II de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (en adelante, Ley 5/2015), está basado en el mantenimiento general del régimen previo (DA 1ª Ley 3/1994, de 14 de abril, y RD 692/1996, de 26 de abril), con las singularidades oportunas que se determinan en dicha Ley, como reconoce su Preámbulo, II. A los EFC les resulta aplicable la LOSSEC, el RD 84/2015 y la normativa de transparencia de las entidades de crédito según art. 7 Ley 5/2015, así como la LSMPH [art. 2.d) Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario, por remisión del art. 1 LSMPH].

²⁷⁷ Arts. 19-32 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, sustituyendo la regulación anteriormente contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, OM 5.5.1994), derogada por letra b) DD única OTPC.

²⁷⁸ Concretamente, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (en adelante, CBE 5/2012), que desarrolla, además de las disposiciones de la OTPC, la relativa al cambio de divisa prevista en art. 3 Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Tal Circular vino a sustituir a la precedente 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (en adelante, CBE 8/1990), que desarrollaba la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (en adelante, OM 12.12.1989), derogada por letra a) DD única OTPC.

²⁷⁹ Como ha dicho la STS 22.4.2015 (FJ 3º, pto. 4), “que el dinero prestado no fuera destinado a bienes de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no solo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional, por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional”. El concepto de “cliente bancario” es más amplio que el de consumidor, pues englobaría a toda persona que contrata un producto o servicio con una entidad crediticia [cfr. TORRES PEREA, J.M., “Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 234]. Aunque el crédito concedido al consumidor bajo la forma de préstamo es *a priori* un crédito al consumo, no es de aplicación la LCCC al cubierto con garantía hipotecaria sobre vivienda, pues el art. 3.a) excluye de su ámbito “los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria”.

²⁸⁰ Como señala KODRES, L.E. (“What is Shadow Banking? – Many financial institutions that act like banks are not supervised like banks”, en *F&D*, 2013, vol. 50, nº 2, p. 42) el término fue acuñado por P. MCCULLEY (simposio financiero celebrado en 2007 por el Banco de la Reserva Federal de Kansas City en Jackson Hole, Wyoming), referido a las entidades norteamericanas no bancarias que hacían *transformación* de

más amplia (que incluye a todas aquellas entidades que, fuera del sistema bancario regulado, realizan la función central de la banca, la intermediación del crédito²⁸¹), esta actividad crediticia paralela queda sometida únicamente a la legislación general de protección de los consumidores, sin otras exigencias particulares de transparencia ni un marco específico de garantías exigibles por quienes contratan un “crédito no bancario”, que sería entonces el concedido por instituciones financieras no bancarias o, en la nomenclatura de la Dir. 2014/17, *entidades no crediticias*²⁸². La respuesta del legislador nacional a esa carencia ha sido la “Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito” (en adelante, Ley 2/09), y su desarrollo reglamentario vía RD 106/2011, de 28 de enero.

vencimientos, actividad también realizada por la banca (esta usa depósitos, que normalmente son a corto plazo, para financiar activos a largo plazo, mientras la *banca en la sombra* lo hace captando fondos a corto plazo en mercados monetarios), pero, por no estar sujetas a regulación bancaria, en caso de emergencia no pueden acudir a la FED ni cuentan con depositantes cuyos fondos estén asegurados; están “en la sombra”.

²⁸¹ Concretamente, el FINANCIAL STABILITY BOARD, en su informe *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation* (Basilea, 27.10.2011, p. 1), definió *shadow banking* como la intermediación crediticia conformada por entidades y actividades que están fuera del sistema de la banca regulada; definición que fue sometida a consulta por la Comisión Europea, junto con una lista de posibles entidades y actividades *shadow banking*, en su Libro Verde – *El sistema bancario en la sombra*, de 19.3.2012, COM (2012) 102 final, pp. 3-5. Otras definiciones han sido propuestas, v.g., por: POZSAR, Z./ADRIAN, T./ASHCRAFT, A./BOESKY, H. (“Shadow Banking”, en *EPR*, vol. 19, nº 2, 2013, p. 1), para quienes *shadow banking* son los intermediarios financieros que llevan a cabo el vencimiento, el crédito y transformación de la liquidez sin garantía del gobierno ni el acceso a la liquidez del banco central; CLAESSENS, S./RATNOVSKI, L. (“What is Shadow Banking?”, en *IMFWP* nº 14/15, 11.2.2014, p. 4) entienden por *shadow banking* todas aquellas actividades financieras, con excepción de la banca tradicional, que requieren respaldo público o privado para operar. Ante la dificultad de hallar un concepto uniforme, y advirtiendo la existencia de actividad *shadow banking* dentro de la propia banca regulada, el FMI propone una descomposición de las entidades bancarias y las entidades en la sombra diferenciándolas por actividades, función y nivel de riesgo, al tiempo que plantea una serie de fases para limitar sus peligros: vid. VALCKX, N./AMIDZIC, G./ARREGUI, N./BLANKENHEIM, J./EHRENTAUD, J./GRAY, D. et al., “Shadow banking around the globe: How large, and how risky?”, en INTERNATIONAL MONETARY FUND, Washington, DC, 2014, *Global Financial Stability Report, October 2014: Risk Taking, Liquidity, and Shadow Banking. Curbing Excess while Promoting Growth*, pp. 65-104. En este contexto, la Comisión ha señalado la importancia de incrementar la transparencia y disponibilidad de información, particularmente en relación con las actividades emprendidas con frecuencia por el *shadow banking*, entre ellas los pactos de recompra (repos) y los préstamos de valores, también denominadas “operaciones de financiación de valores”, a las que va dirigida su *Propuesta de Reglamento sobre la notificación de las operaciones de financiación de valores y su transparencia*, de 29.1.2014, COM (2014) 40 final.

²⁸² A efectos de dicha Directiva, que, recordemos, regula los contratos de crédito con consumidores para inmuebles de uso residencial, se entiende por “entidad de crédito” toda entidad comprendida en la definición del art. 4.1.1) Reglamento (UE) nº 575/2013 (esto es, *empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*, definición que acoge nuestra LOSSEC en su art. 1.1, como vimos antes); y por “entidad no crediticia” *todo prestamista que no sea una entidad de crédito*, según rezan los aptos. 9) y 10) del art. 4 Dir. 2014/17.

De brillante no puede calificarse esa actuación legislativa, pues si se pretendía regular específicamente la *“concesión de préstamos o créditos hipotecarios”* a consumidores por entidades distintas a las de crédito [art. 1.a) Ley 2/09], en orden a sentar un marco transparente que protegiera a aquellos de modo semejante al previsto para el “cliente bancario”²⁸³, no parece tener mucho sentido que se regule en el mismo cuerpo legal los llamados “servicios de intermediación” para la celebración de todo tipo de contrato de préstamo o crédito con consumidores [art. 1.b)]. Se trata de actividades distintas desde un punto de vista económico: por un lado, la *intermediación del crédito*, que la banca realiza tomando dinero a crédito de sus despositantes para prestarlo a demandantes de capital, asumiendo por tanto el riesgo de la operación de financiación, que también realizan, de otro modo (con capital privado, pues la captación de fondos reembolsables del público está reservada, según art. 1.1 LOSSEC, a las entidades de crédito) e igual asunción de riesgo, los prestamistas exógenos al sistema bancario; por otro lado, la *mediación o asesoramiento en la obtención de crédito*, que supondría la búsqueda de financiación, no su concesión –sin asumir pues los riesgos inherentes–, actividad que realizan desde el “broker” profesional al proveedor de bienes o servicios que ponga en contacto al consumidor con quien se los financie (aunque, como veremos, la Ley 2/09 exime a dicho proveedor, cuyo caso prototípico es el de las inmobiliarias, de cumplir plenamente sus disposiciones).

La intermediación *ex* Ley 2/09 se refiere a esta última actividad. Mas lo que dicha ley entiende por intermediarios financieros no serían más que mediadores financieros para la ciencia económica, pues la diferencia entre unos y otros estriba en que los primeros crean activos por transformación asumiendo el riesgo (financian activos a largo plazo con fondos obtenidos a corto plazo), cosa que no hacen los segundos; desde esta perspectiva, distinta a la de esa ley, intermediarios financieros serían las entidades de crédito y las *empresas de capital privado*. A pesar del genérico título de la Ley 2/09, regula la concesión de préstamos solo por esas últimas, siempre que se otorguen a consumidores y se garanticen con hipoteca, quedando fuera los préstamos personales, que en cambio sí entrarían en la *“intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad”*, actividad que según art. 1.b) Ley 2/09 comprende la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para dicha celebración, incluida la puesta a disposición del contrato al consumidor; labor que no se limita por esta ley a la contratación con instituciones financieras

²⁸³ En el Preámbulo (II y III) Ley 2/09 consta que esa es su finalidad, y por tanto, supuestamente vendría a complementar la normativa de ordenación, disciplina y transparencia propias de las entidades de crédito *“estableciendo un régimen de protección similar en su ámbito de aplicación para los consumidores y usuarios”*.

distintas de las entidades de crédito. Repárese en que si se intermedia para contratar un *crédito al consumo*, que por definición no sería el garantizado con hipoteca inmobiliaria según art. 3.a) LCCC, dicha intermediación también quedará sometida a la LCCC, norma que define al “intermediario de crédito” no solo como quien presenta al consumidor el contrato o le asiste de cualquier otro modo en los trámites previos a la contratación [labor prevista tanto en los ordinales 1º y 2º del art. 2.3 LCCC como en el art. 1.b) Ley 2/09], sino además como aquel que “celebra contratos de crédito con consumidores *en nombre del prestamista*” (art. 2.3.3º LCCC), luego una concepción más amplia de esta figura que recoge la LCCC –siguiendo a la Directiva 2008/48/CE, que transpone²⁸⁴–, de cuyo antecedente (la LCC, vigente al tiempo de tramitarse la Ley 2/09) podría haberse tomado el uso del término “crédito”, genérico que comprende las operaciones de préstamo, como hacía y sigue haciéndose por la normativa de crédito al consumo, en vez de la coletilla “crédito o préstamo” que incesantemente emplea la Ley 2/09 fruto de prosperar enmiendas de supuesta *mejora técnica*²⁸⁵.

Aun no existiendo identidad material, la actividad crediticia no bancaria (solo con garantía hipotecaria) y la de intermediación (para todo tipo de financiación) comparten el Capítulo I de la Ley 2/09 con una serie de disposiciones comunes que prevén, como principal instrumento de transparencia y vigilancia, la creación por las Comunidades Autónomas de registros públicos en que obligatoriamente habrían de inscribirse los profesionales de esas actividades, así como un registro estatal que se nutriría de la información que al respecto le suministraran los autonómicos (vid. art. 3). Pues bien, la realidad actual es que tales registros autonómicos brillan por su ausencia y que el estatal, creado por RD 106/2011 y teóricamente accesible vía web, aún hoy no puede consultarse como prometía el art. 3.2 de este Real Decreto²⁸⁶.

²⁸⁴ En efecto, la LCCC incorporó a nuestro sistema la “Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo” (DO L 333, de 22.5.2008, pp. 66-92, en adelante Dir. 2008/48), cuyo art. 3.f) define al “intermediario de crédito” como “*persona física o jurídica que no actúa como prestamista y que en el transcurso de su actividad comercial o profesional y contra una remuneración que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: i) presenta u ofrece contratos de crédito; ii) asiste a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito, distintos de los indicados en el inciso i); o iii) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista*”; definición que reproduce el art. 2.3 LCCC.

²⁸⁵ Tal era la justificación de las presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, mediante las cuales se añadía “o crédito” a las referencias hechas al préstamo y “o préstamo” a las hechas al crédito por el entonces Proyecto de Ley [enmiendas números 41, 43, 44, 45, 48, 49, 51, 52 y 53, en BOCG, Senado, Serie II. Núm. 8 (d), de 5.1.2009, pp. 35-38]: vid. BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 7-9, de 17.3.2009, p. 1.

²⁸⁶ Según reza el art. 3.2 RD 106/2011, el registro estatal es “*accesible a través de la página web del Instituto Nacional de Consumo*”. Hoy la referencia debe entenderse hecha a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), fruto de la fusión entre la Agencia Española de

La vigilancia de la financiación bancaria compete al BdE, como supervisor del sistema bancario español; la no bancaria a los organismos autonómicos de consumo, carentes de medios y especialización suficientes, y en última instancia al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que además han de controlar la intermediación para la obtención de ambos tipos de financiación. Téngase presente que estas actividades hubiesen quedado bajo el control del BdE (preferible en abstracto, por la exhaustividad de la normativa protectora aplicable, y en la práctica, visto lo visto) de haber prosperado determinadas enmiendas al entonces Proyecto de Ley, que abogaban por la conversión forzosa –en todo caso o cuando la actividad superara cierta dimensión– de las entidades concedentes e intermediarios en EFC²⁸⁷, pues esta figura se incluye dentro del perímetro de supervisión y estricta regulación establecidos para las entidades de crédito²⁸⁸. ¿Y cuál es el régimen sancionador? El previsto con carácter general en arts. 51 y 52 TRLCU, al que remite el art. 9 Ley 2/09, esto es, las multas administrativas que, con independencia de su teórico efecto disuasorio, en nada solucionan la posición del consumidor cuyo derecho de información se vulnera (crítica que ya hicimos en epígrafe 4.3.3.A), y que al sector del capital privado ni siquiera le afectaría en demasía la eventual imposición de sanciones no pecuniarias, como el cierre de establecimiento o servicio, al operar habitualmente por internet, amén de no resultar

Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) y el Instituto Nacional de Consumo (INC). Pues bien, hasta la fecha no hay más que entrar en la página de AECOSAN a través del website del Ministerio de quien depende (Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad), para comprobar que dicho registro no está disponible: <http://consumo-inc.gob.es/intermediacion/home.htm?id=121>.

²⁸⁷ Así, la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en el Congreso, que pretendía modificar el art. 1.1, en orden a que las actividades de concesión e intermediación (letras a y b, respectivamente) quedaran en todo caso ubicadas funcionalmente en el ámbito de los EFC, y “supervisadas tanto en su actividad como ante posibles reclamaciones por el Banco de España” (enmienda nº 5, en BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 7-4, de 7.10.2008, p. 3). Y las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular tanto en el Congreso (enmienda nº 31, ib., p. 15) como en el Senado [nº 15, en BOCG, Senado, Serie II. Núm. 8 (d), de 5.1.2009, p. 27], para modificar dicho precepto en el sentido de que cuando tales actividades fueran la principal de la financiera o intermediario, debían constituirse como EFC, y cuando aún no siéndolo, la cifra de negocio superara los dos millones de euros o se operara en más de una Comunidad Autónoma; con la siguiente justificación: “la actividad de concesión de préstamos o créditos o cualquier otro método equivalente de financiación es sumamente sensible para el eficiente funcionamiento de los mercados financieros y requiere exigentes normas que velen por la protección de los consumidores, de ahí la exhaustiva regulación vigente para las entidades de crédito y para los establecimientos financieros de crédito que la realizan, no solo en materia de transparencia de las operaciones que es el prioritariamente contemplado en el proyecto de ley que se enmienda, sino también en otros aspectos de especial relevancia, tales como capitales mínimos, idoneidad de los administradores, solvencia y supervisión. De ahí, que cuando dicha actividad sea desarrollada por entidades que superen una cierta dimensión –medida a través de su cifra de negocios o de su ámbito de actuación en más de una Comunidad Autónoma–, sino que deba ser exigible la más exhaustiva prevista para los establecimientos financieros de crédito”.

²⁸⁸ Antes de la Ley 5/2015 por tener la consideración de entidad de crédito, y desde entonces por mantener a los EFC dentro de dicho perímetro.

fácil identificar al infractor, dado que en muchas webs no se sabe quién es realmente el prestador del servicio ni si tal servicio es de financiación o de simple intermediación, contraviniendo, por cierto, lo dispuesto en arts. 6.2 y 19.2 Ley 2/09, respectivamente.

Ante este panorama no sorprende, mas debiera preocupar, el continuo incumplimiento de las *obligaciones de transparencia* contempladas en dicho Capítulo I, relativas a: i) la información precontractual, debiendo los prestamistas e intermediarios poner a disposición de los consumidores, en sus establecimientos y páginas webs, las condiciones generales que utilicen (art. 4); ii) los precios, a recoger en un folleto de tarifas claro y comprensible que, debiendo remitirse al correspondiente registro, ha de estar física y electrónicamente disponible, disponibilidad sobre la que ha de informarse en un tablón de anuncios en lugar destacado en el establecimiento y/o web, donde además deben referenciarse los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos –caso de sometimiento a arbitraje de consumo, facultativo a tenor del art. 10–, derecho de desistimiento en intermediación y de solicitar oferta vinculante, así como, de operar vía internet, la clara identificación de la entidad que presta los servicios (arts. 5 y 6).

Téngase además presente que esas disposiciones comunes y las específicas de la actividad de intermediación (Capítulo III Ley 2/09) no se prevén para todos los posibles intermediarios: por un lado, dicha ley no es de aplicación, según art. 2.2, a los agentes de las entidades de crédito²⁸⁹ ni a quienes se dediquen a la venta aplazada de bienes muebles; por otro, al proveedor de bienes o servicios que intermedie en la contratación de préstamos o créditos destinados a financiar lo que comercialice, tan solo le será de aplicación lo dispuesto en art. 22.5²⁹⁰. En consecuencia, los únicos intermediarios a quienes resulta plenamente aplicable la Ley 2/09 serían dos tipos de *brokers* “hipotecarios” (término que usamos, aunque intermedien tanto en la obtención de hipotecas como en la refinanciación personal, para diferenciarlos de los *brokers* de valores), cuales son el vinculado con una o varias financieras –sean o no entidades de

²⁸⁹ Esto es, el asesor personal bancario, que actúa por cuenta de la entidad de crédito correspondiente y tan solo con ella (de quien cobra), captando clientes a quienes asesora gratuitamente sobre los productos más convenientes. Resulta lógica su exclusión porque en la práctica opera como una sucursal bancaria, está registrado por el BdE y sometido a la normativa bancaria. No confundir con el intermediario que tiene firmados contratos de colaboración con empresas financieras –de crédito o no–, ya sea en exclusiva o no (multi-agente), de las que cobra vía comisión de apertura; al que le es plenamente aplicable la Ley 2/09.

²⁹⁰ Tal lo dispone el art. 1, pfo. 2º, remitiendo a ese precepto, según el cual “*las empresas, en la actividad de intermediación, están obligadas, en todo caso, a prestar al consumidor la información que resulte exigible por la normativa específica sobre el contrato o contratos de préstamo o crédito que ofrezcan al consumidor*”. Así, los API e inmobiliarias en general quedan exentos del resto de disposiciones si se limitan a buscar financiación, en este caso hipotecaria, para los inmuebles que comercializan; lo mismo cabe decir, v.g., del dentista o clínica oftalmológica que referencian créditos personales para financiar las correspondientes intervenciones.

crédito– y el denominado *intermediario independiente*, que según art. 19.3.II sería aquel que “sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades de crédito o empresas que comercialicen créditos o préstamos, ofrezcan asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden su intervención para la obtención de un crédito o préstamo”. Este último viene obligado a presentar al consumidor al menos tres ofertas vinculantes de financieras, entidades de crédito o no (art. 22.4), como garantía de independencia en el asesoramiento (cfr. art. 19.3.II *in fine*).

Nada menos que tres ofertas –como mínimo además– se le exige conseguir, lo que en la práctica dificulta su labor de independiente, pues no basta con las meramente comerciales; han de ser “vinculantes”²⁹¹, cuando ya resulta complicado arrancar una sola que lo sea y que se ajuste a las exigencias del cliente, máxime si la entidad financiera sabe que la misma operación se tiene que presentar por dicho intermediario a otras entidades para llegar al corte mínimo exigido legalmente. ¿Y si el cliente no obtiene aquello a que tiene derecho al contratar un intermediario independiente? Dado el carácter imperativo de los derechos reconocidos por la Ley 2/09 a los consumidores (según su art. 2, tales derechos son “irrenunciables, siendo nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”), parece claro que tal intermediario no podría cobrar honorarios por la presentación de ofertas que no se ajusten a los parámetros establecidos, obviamente si no son vinculantes o si, aun siéndolo, se hayan obtenido en condiciones inasumibles para el cliente, y discutiblemente en caso de oferta vinculante adecuada pero en número insuficiente²⁹². Lo que admite poca discusión es que si el intermediario, contratado como independiente y no como vinculado (una u otra condición ha de

²⁹¹ El Congreso rechazó la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado que pretendía modificar el art. 22.4 del Proyecto de Ley, para que se eliminara de dicho precepto la palabra “vinculantes”, cuya justificación era que “no tiene sentido presentar tres ofertas vinculantes, el encarecimiento del proceso lo haría inviable” [enmienda nº 31, en BOCG, Senado, Serie II. Núm. 8 (d), de 5.1.2009, p. 31].

²⁹² Las condiciones en que el cliente puede asumir la operación crediticia las conoce el intermediario y con ellas debe hallar la financiación a quien ha contratado sus servicios; por tanto, incumpliría su obligación si no le presentase ninguna oferta vinculante, cumpliría solo en apariencia si propone tres de tal carácter pero que haya conseguido a sabiendas de que serán objetivamente inasumibles por el cliente. Ahora bien, entendemos que si logra una oferta vinculante adecuada a dichas condiciones, acreditando su diligente búsqueda de otras en el mercado (v.g., vía negativas documentadas por financieras que estudiaron la operación que propuso el intermediario en condiciones asumibles por su cliente), y se pacta que en tal caso el cliente podrá desistir sin coste del contrato de intermediación –más allá del desistimiento libre dentro de los catorce días siguientes a la formalización que prevé el art. 21.2 Ley 2/09– o bien aceptar dicha oferta, sería razonable el cobro de retribución (siempre que su importe se haya pactado “mediante documento en papel u otro soporte duradero”, como exige el art. 22.2 Ley 2/09) si optase libremente –la cláusula que previese la renuncia de antemano a la obtención de tres ofertas sería nula ex art. 2 Ley 2/09– por lo último, máxime cuando la oferta presentada acaso sea la mejor o única posibilidad de obtener la pretendida financiación.

constar en las comunicaciones comerciales y publicidad del intermediario, según art. 19.3.I Ley 2/09), realmente tiene vínculos con la entidad que apruebe la operación financiera, sería ilícito el cobro al cliente, por prohibirlo expresamente el art. 22.1 Ley 2/09²⁹³, e incluso tal situación se ha llegado a estimar judicialmente como causa de nulidad del propio contrato de intermediación²⁹⁴.

Otra cuestión se suscita sobre las ofertas vinculantes: la Ley 2/09 se refiere a estas, sin dar mayores datos, al tratar la intermediación independiente, al tiempo que dedica un artículo a la oferta vinculante en la parte relativa a la “*actividad de contratación de préstamos o créditos hipotecarios*” (Capítulo II), actividad cuya regulación se limita en tal ley, como ya sabemos, a las entidades distintas a las de crédito. De aquí se colige que cuando se encargue al intermediario independiente la búsqueda de financiación hipotecaria, y esta pudiera aprobarse con: i) una entidad no crediticia, la oferta vinculante que ha de presentar al cliente es la prevista en art. 16 Ley 2/09, que remite a la forma y contenido señalados en OM 5.5.1994, referencia que hoy debe entenderse hecha a la OTPC (DA única Ley 2/09 y DF 1ª.1 OTPC) y concretamente a su art. 23; ii) una entidad de crédito, la oferta vinculante ha de ser la del art. 23 OTPC –que no contempla la obligatoriedad de entregarla, como sí hacía la OM 5.5.1994 y hace la Ley 2/09 para las entidades no crediticias²⁹⁵– cuando la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el cliente sea una persona física (art. 19.1 OTPC). Ahora bien, si la Ley 2/09 es aplicable a la intermediación a consumidores, personas físicas o jurídicas (art. 1.1²⁹⁶), para la obtención de todo tipo de financiación, ¿qué modelo de oferta vinculante ha de presentarse cuando se haya encargado la intermediación para un préstamo personal? Tratándose de un crédito al consumo, el previsto en art. 10 de la LCCC, al que remite el

²⁹³ Que reza así: “Las empresas que trabajen en exclusiva para una o varias entidades de crédito u otras empresas no podrán percibir retribución alguna de los clientes”. Su lógica es que el intermediario vinculado (generalmente por contrato de colaboración) con las entidades a las que acude, cobrará de estas si se cierra la operación.

²⁹⁴ Así, SAP Madrid 19.5.2015, FJ 2º.

²⁹⁵ En efecto, el art. 16.1 Ley 2/09 establece que “efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, las empresas vendrán obligadas a efectuar una oferta vinculante de préstamo o crédito al consumidor o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo o crédito”, mientras que el art. 23.1 OTPC dispone que “una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente (...), *este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante*” (cursivas nuestras). La OTPC sí contempla la entrega obligatoria de oferta vinculante por la entidad crediticia en caso de hipoteca inversa (vid. art. 32.a).

²⁹⁶ Tras la referencia inicial a los consumidores, el pfo. tercero señala que tienen tal consideración “las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional” (cursiva nuestra), esto es, la misma definición de consumidor *ex* art. 3 TRLCU hasta su reforma por Ley 3/2014, que añadió la referencia a la actuación “sin ánimo de lucro” en ese ámbito ajeno para considerar consumidora a la persona jurídica.

art. 8 de la misma ley, pero solo cuando el consumidor sea persona física (vid. art. 2.1 LCCC), de modo que la respuesta se torna complicada respecto al préstamo personal a la jurídica consumidora y también para el hipotecario inmobiliario (excluido de la LCCC, art. 3.a) a conceder por entidad de crédito (inaplicable art. 16 Ley 2/09) cuya garantía no sea una vivienda o, aun siéndolo, el cliente fuera persona jurídica (excluido del Capítulo II del Título III OTPC, art. 19.1).

Las constantes referencias en el Capítulo II Ley 2/09 a la OM 5.5.1994 (ya sea transcribiendo de manera casi literal su articulado o bien remitiéndose directamente a su contenido) ponen de manifiesto la intención legislativa de asimilar la regulación del préstamo hipotecario concedido por entidades no crediticias a la prevista para el concedido por entidades de crédito, mas desde el momento en que esta última ya no se contiene en dicha Orden sino en la OTPC, que la nueva regulación difiere de la anterior aun teniendo la misma finalidad, y que, a pesar de ello, las citas de la Ley 2/09 a la OM 5.5.1994 deben entenderse realizadas a la OTPC (DA única Ley 2/09 y DF 1ª.1 OTPC), resulta evidente el desajuste que ha traído consigo, no tanto la entrada en vigor de la nueva norma reglamentaria, sino la deficiente técnica consistente en sustituir sin más las referencias a una por la otra²⁹⁷.

Está por ver si el legislador nacional aprovecha la oportunidad que le brinda la obligatoria transposición de la Dir. 2014/17²⁹⁸ para poner orden en este sector, habida

²⁹⁷ Que el espíritu de la Ley 2/09 era aproximar en la medida de lo posible su regulación a la existente en ese momento para las entidades de crédito, ya fue apuntado por ORDÁS ALONSO, M., bajo la vigencia de la OM 5.5.1994, poniendo el acento en la poco afortunada traslación ("La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo", en AC, nº 9/2009, versión electrónica, BIB 2009\758, p. 76), y tras la entrada en vigor de la OTPC, por la misma autora en "La difícil interpretación de la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5/2013 (concretamente en p. 46), trabajo al que remitimos para un análisis *in extenso* de los problemas interpretativos de la Ley 2/09 que se plantean con dicha entrada en vigor.

²⁹⁸ El legislador autonómico le ha tomado la delantera al nacional en Cataluña, al realizar una sui generis adaptación del *Codi de consum* a dicha Directiva vía "Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo", cuyo art. 20 adiciona un nuevo Título (VI. *Relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas*) al Libro 2º del *Codi de consum*, siguiendo supuestamente "las orientaciones marcadas por varios proyectos comunitarios sobre esta materia, como por ejemplo la Directiva 2014/17/UE", según reza el Preámbulo de la Ley 20/2014, aunque como bien señala AGÜERO ORTÍZ, A. ("Nuevas medidas de protección a consumidores en materia hipotecaria introducidas por la Ley 20/2014 en el Código de Consumo de Cataluña", en *CESCO*, 2.3.2015, p. 1), dicha ley supone "una pseudo-transposición, más que un seguimiento de orientaciones, efectuando en diversas ocasiones «elecciones» que la Directiva deja en manos de los Estados miembros". Al citado trabajo remitimos sobre el particular.

cuenta que el mismo se va a ver afectado, pues la norma comunitaria a adaptar es aplicable a los prestamistas (entidades de crédito y no crediticias) e “intermediarios de crédito”²⁹⁹ en la celebración con consumidores de contratos de crédito: i) garantizados por hipoteca sobre inmuebles de uso residencial o por un derecho relativo a tales inmuebles; y ii) aquellos cuya finalidad sea adquirir/conservar derechos de propiedad sobre fincas/edificios construidos o por construir (art. 3.1). De hecho, también se verá afectada la normativa española sobre financiación bancaria, recordando, con todo, que dicha Directiva es parcialmente de mínimos (vid. art. 2), y que sus disposiciones se entienden sin perjuicio de la Dir. 93/13³⁰⁰.

Dado que existen diferencias sustanciales entre las disposiciones de los Estados miembros referentes a las normas de conducta en la concesión de créditos a consumidores para inmuebles de uso residencial, así como por lo que respecta a la regulación y supervisión de los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias que otorgan contratos de crédito para dichos inmuebles; la Dir. 2014/17 pretende zanjar tales diferencias que obstaculizan la actividad transfronteriza, con la consiguiente reducción de la competencia y posibilidad de elección dentro del mercado, instaurando un marco común que comprende la armonización del sector financiero para la adquisición de tales inmuebles no solo mediante disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados sino también a través de normas prudenciales *pro consumatore*³⁰¹. Más allá del ámbito estrictamente comunitario, los instrumentos modernizadores europeos no proponen una regulación de tales

²⁹⁹ Con una concepción que no coincide con la prevista en Ley 2/09, pues para dicha Directiva el “intermediario de crédito” es “la persona física o jurídica que no actúa como prestamista ni notario, ni tampoco se limita a poner en contacto, directa o indirectamente, a un consumidor con un prestamista o intermediario de crédito, y que, en el transcurso de su actividad comercial o profesional y a cambio de una remuneración, que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: a) presenta u ofrece contratos de crédito a los consumidores; b) asiste a los consumidores realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de los contratos de crédito distintos de los indicados en la letra a); o c) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista” [art. 4.5) Dir. 2014/17]. En consecuencia, el “intermediario de crédito vinculado”, que para la Ley 2/09, al igual que el independiente, no celebra contratos de crédito en nombre del prestamista; sí para dicha Directiva, con la especialidad de que actúa “en nombre y bajo la responsabilidad plena e incondicional” de un prestamista o grupo de ellos [art. 4.7) Dir. 2014/17].

³⁰⁰ Así, el Considerando 50 Dir. 2014/17, refiriéndose a lo dispuesto sobre productos y servicios accesorios.

³⁰¹ Para un estudio *in extenso* de tales normas vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)”, en *RDC*, vol. II, nº 2, 2015, pp. 1-30 (www.nreg.es); LAUROBA LACASA, M.E., “La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, en BARRAL VIÑALS, I./TORNOS MAS, J. (dirs.), *Vivienda y crisis: ensayando soluciones*, Barcelona, 2015, pp. 217-233; DÍAZ ALABART, S. (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, 2015.

operaciones; solo el DCFR contiene normas propias para el contrato de préstamo (Libro IV.F), mas inaplicables a dicho sector, pues su art. IV.-F.-1:101(1) excluye de esta parte específica a los préstamos cuyo destinatario sea un consumidor y aquellos que tengan por finalidad la adquisición o conservación de inmuebles.

Hecha esta visión panorámica sobre la normativa a tener en cuenta, lo cierto es que, por la complejidad de las variables que inciden en la contratación que nos atañe, se ha pretendido por el legislador nacional –con mayor o menor fortuna– y comunitario ayudar al consumidor en su identificación imponiendo el uso de un concreto clausulado uniforme que, teóricamente, facilitará a aquel la comparación de las ofertas existentes en el mercado y la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos. Prueba de ello es, en cuanto a la *documentación precontractual*, el folleto informativo y la oferta vinculante a entregar por las entidades no crediticias con el contenido previsto en anexo I y II, respectivamente, de la OM 9.5.1994, según Ley 2/09 (arts. 13 y 16), referencia que hoy ha de entenderse realizada a los anexos I y II de la OTPC, que contemplan los modelos de Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y Ficha de Información Personalizada (FIPER), mediante las cuales se facilitarán por las entidades crediticias la oferta comercial y la vinculante de sus préstamos hipotecarios (arts. 21-23 OTPC); mientras que en la Dir. 2014/17 el prestamista, entidad crediticia o no, debe suministrar información previa personalizada mediante la entrega de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que figura en su anexo II (art. 14.2). Y en cuanto a la *documentación contractual*, la obligación de que en el instrumento en que se formalice el préstamo consten, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras cuyo contenido mínimo, que no podrán desvirtuar las otras cláusulas, se ajustará a la información prevista en la FIPER; tanto para entidades de crédito como no crediticias (art. 29 OTPC y art. 17.5 de la Ley 2/09 en relación con su DA única y DF 1ª.1 OTPC).

Paradójicamente, esa uniformidad, con la que se pretende auxiliar al cliente en la toma de una decisión fundada sobre la conveniencia de contratar, ha servido a las entidades financieras para sostener la inaplicación de la LCGC a los préstamos hipotecarios por la regulación específica de sus condiciones (la exclusión pues prevista en art. 4.II LCGC), y también se ha sustentado en que la “minuciosa” regulación del recorrido preparatorio de tales contratos garantiza *per se* que sus condiciones no se impongan, ausencia de imposición que entonces vedaría su consideración de abusividad. Esta argumentación, que invoca una norma tuitiva del contratante débil (la OM sobre transparencia) para negar la aplicación de otra normativa protectora (la

LCGC y el TRLCU, al que remite aquella para el control de contenido), encontró acogida por cierto sector judicial en el contexto del enjuiciamiento de las cláusulas *suelo*, a cuyo estudio remitimos sobre la cuestión (vid. epígrafe 4.4.2.C).

En el análisis que sigue sobre la concreta tipología contractual partimos de la presunción declarada por el TS, cual es que las cláusulas utilizadas por las entidades financieras en sus contratos con consumidores constituyen condiciones generales, susceptibles de control de abusividad, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que existió negociación y las contrapartidas que el concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional³⁰².

4.4.2. Estipulaciones que rigen el pago del préstamo

A) Sistema amortizativo. Especial referencia al *sistema francés* y la amortización negativa

La devolución del préstamo, ya sea civil o mercantil, es la obligación esencial del prestatario (art. 1753 CC y art. 312 CdC), lo cual se hace vía amortización, esto es, el proceso de cancelar la deuda con sus intereses (si se hubieren pactado³⁰³) por medio de pagos periódicos³⁰⁴. El sistema de amortización elegido por la entidad financiera determina cuál va a ser el “término amortizativo”³⁰⁵, luego también formaría parte del

³⁰² La STS 22.4.2015, dictada en Pleno, lo expresa así en FJ 3º, pto. 3: “*el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predisuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente*”. Aunque referido al bancario (la STS 29.4.2015 se manifiesta en términos similares, relacionando otros sectores *ad exemplum*: vid. FJ 7º, ptos. 4 y 5), el argumento sería predicable del –más amplio concepto– sector financiero, esto es, entidades de crédito y no crediticias que prestan financiación, por la pretendida aproximación regulatoria de estas últimas a las crediticias en lo que se refiere a la celebración de préstamos hipotecarios con consumidores, tanto en el uso de un clausulado uniforme como en el proceso de contratación en sí.

³⁰³ Al respecto remitimos *infra*, epígrafe 4.4.2.B.

³⁰⁴ Incluso en sistemas amortizativos en que el principal ha de devolverse de una sola vez al final de la vida del préstamo hay pagos periódicos, solo que únicamente serán de intereses. Tal ocurre con el denominado *sistema americano*, donde los intereses en cada período son cuantitativamente iguales pues, como en tales cuotas no se paga nada de principal, el capital vivo al inicio de dichos períodos –sobre el que se calculan los intereses– es exactamente el mismo; o su variante “*sinking-fund*”, que implicando también la liquidación periódica de intereses con una devolución total del capital prestado en un solo pago, se diferencia en que el prestatario, con vistas a disponer de la liquidez necesaria para pagar al final el principal, va realizando durante la vida del préstamo aportaciones a un fondo de amortización.

³⁰⁵ Esto es, cada uno de los pagos que realiza el prestatario al prestamista, ya sea con periodicidad mensual, semestral, anual, etc. El término amortizativo, a pagar por el prestatario al final del período, se

objeto principal del contrato³⁰⁶. Por tanto, las cláusulas no negociadas individualmente con el prestatario consumidor, predispuestas por la entidad prestamista para establecer la estructura de amortización, quedarán sujetas a control de transparencia en orden a dilucidar si adolecen de una oscuridad (que no contenido) abusiva, habida cuenta de que las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas³⁰⁷.

En principio, lo lógico sería establecer un sistema por el que la parte de capital y de interés a pagar en cada período fuera proporcional al tiempo y al tipo pactado. Mas esto no siempre acontece, de hecho, en uno de los sistemas más extendidos, el denominado *sistema francés*, la parte del término amortizativo destinada al pago de intereses (la cuota de interés) va siendo cada vez menor, mientras que será cada vez mayor la parte correspondiente al pago del principal (la cuota de amortización). En este sistema se trata de lograr que los términos amortizativos permanezcan *constantes* durante la vida del préstamo (que sean cuantitativamente iguales en cada período), y para procurarlo se ordenan de manera que al principio se paga una cantidad muy superior de intereses que de capital, *ergo* pasados los primeros años queda gran parte de capital sin amortizar, pese a los importantes desembolsos realizados por el prestatario³⁰⁸. Siendo este *consumidor, debe estar perfectamente informado al respecto*, de

desglosa en la suma de dos componentes: i) intereses, calculados aplicando el tipo de interés, fijo o variable, del préstamo sobre el *capital vivo* –capital que queda por devolver– al inicio del período; ii) una parte del capital prestado, denominada *cuota de amortización*, que no será tal en los préstamos con “sistema americano”, donde las únicas cuotas que hay durante su vida son de intereses (cada uno de los términos amortizativos de estos préstamos no contiene cuota de amortización, solo de interés, a la que se adiciona en la modalidad “*sinking-fund*” la correspondiente aportación al fondo), pues en tales préstamos, como vimos en la nota precedente, el capital prestado se devuelve de una sola vez al finalizar la operación. En el resto de sistemas, las cuotas de amortización y de interés (integrantes ambas del término amortizativo) se pagan al final de cada período, con la excepción del llamado *sistema alemán*, caracterizado porque el interés de cada período se abona al inicio de dicho período, de forma que el interés correspondiente al primer período se paga en el momento de la concesión del préstamo, y al final de cada período un término amortizativo que comprende la cuota de amortización del período y la cuota de interés del período siguiente. En general, el precálculo de intereses sobre capital amortizable en el período entrante no transcurrido es objetable: cfr. STS 10.10.2001, FJ 1º, respecto a un préstamo con método francés (sistema que trataremos a continuación) en el que el prestamista liquidaba los intereses por años anticipados.

³⁰⁶ Ya se entienda en sentido subjetivo (determinante del *consensus*), en sentido objetivo-abstracto o estructural (elemento necesario del tipo de contrato) o, según la jurisprudencia comunitaria, en sentido objetivo-concreto en cuanto “prestaciones esenciales de ese contrato que como tales lo caracterizan” (SJPI nº 1 Fuenlabrada, 3.10.2014, FJ 3º, A).

³⁰⁷ Así de tajante se titula el FJ 11º de la STS 29.4.2015.

³⁰⁸ Pues se han dirigido principalmente a pagar intereses, como señala OROZCO PARDO, G., “Protección de los consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema

forma que sea consciente del real alcance de las cláusulas predispuestas que imponen este sistema, so pena de llegar a declararse su abusividad por falta de transparencia sustancial, máxime cuando puede acarrear, entre otras consecuencias³⁰⁹, las siguientes:

- i) Si el consumidor logra una rebaja en el tipo aplicable, a partir de una fecha deja de ser efectiva por cuanto la mayor parte de los intereses ya se han cobrado y, aunque quede gran parte del capital pendiente, dicha rebaja es poco perceptible en la práctica, salvo que se deduzca lo correspondiente en las siguientes cuotas.
- ii) En caso de impago, el consumidor puede verse frente a una ejecución hipotecaria en que se le reclame la práctica totalidad del capital prestado, pese haber estado pagando durante años los términos amortizativos.
- iii) En supuesto de “cancelación subrogatoria” *ex* LSMPH, la compensación por amortización anticipada puede resultar elevada (disuasoria pues) ya que se calcula sobre el capital vivo (para préstamos concertados antes del 9.12.2007 vid. art. 3 LSMPH, para los formalizados después vid. arts. 7-9 Ley 41/2007), incluso dar lugar a un enriquecimiento injusto de la entidad financiera, pues sus legítimas expectativas de ganancia –el interés remuneratorio, cuya presunta pérdida se trata de compensar– podrían haberse satisfecho sobradamente.

De enriquecimiento injusto ha hablado el TS al analizar un préstamo con sistema de amortización francés, en el que la entidad financiera liquidaba los intereses por años anticipados y luego los fraccionaba trimestralmente en pagos de igual montante, de suerte que el prestatario iba amortizando, a lo largo del año y de manera trimestral, parte del capital a un tipo de interés que se había precalculado a principios de año, con la traducción práctica de que dicha entidad cobraba intereses sobre capital ya amortizado³¹⁰.

Especial atención merecen los préstamos cuyo reembolso resulta superior al capital inicial, lo cual puede acontecer por establecerse una carencia total durante una parte de su vida (en que no se paga principal ni interés, que no obstante se debe, de modo que los intereses no satisfechos durante la carencia se acumulan al capital de

francés de amortización de créditos hipotecarios”, en AC-M, nº 10/2002, versión electrónica, BIB 2002\1287, p. 36.

³⁰⁹ Vid. *in extenso* OROZCO, op. cit., pp. 37 y 38, acerca de las razones que dá en orden a poder considerar abusivo el clausulado que impone el sistema francés.

³¹⁰ Lo que, para la STS 10.10.2001, FJ 1º, constituía en ese caso “una ilegalidad y un enriquecimiento no justificado”.

partida), un pago mínimo (préstamos “Neg-Am” originarios del mercado estadounidense, que implican aumentos en el saldo por principal cuando los pagos mínimos periódicos son insuficientes para cubrir los intereses que se devengan³¹¹), o un sistema de *términos amortizativos crecientes* (lo que aquí se llamó “hipoteca creciente” o “hipoteca montaña”) cuyo efecto puede llegar a ser el de los préstamos “Neg-Am”, esto es, la *amortización negativa*, denominándose así el fenómeno por el cual la estructura de amortización del préstamo es tal que los términos amortizativos no alcanzan a pagar los intereses, que son capitalizados e incrementan el saldo vivo pendiente de pago.

Las hipotecas crecientes, caracterizadas por sus términos amortizativos que varían en progresión geométrica, no suelen presentar problemas cuando se pactan a tipo fijo, pues el prestatario conoce (*rectius*, ha de conocer vía transparencia) de antemano cuál será la cuota periódica en función de la progresión estipulada –un incremento generalmente anual–; mas cuando tienen un tipo de interés variable, la cuota también variará en función del índice de referencia y el diferencial que se establezca, por lo que puede llegar un momento en que los pagos periódicos no absorban el importe de los intereses devengados en el período. Si la capitalización de la diferencia es la medida correctora de esta situación³¹², el mayor capital exigirá intereses más altos, los cuales a su vez no alcanzan a ser cubiertos, luego la parte no cubierta se adiciona nuevamente a la deuda y así cíclicamente, por lo que el prestatario termina debiendo más que el monto original del préstamo.

Por tanto, en los préstamos “Neg-Am” y aquellos otros donde hay posibilidad de amortización negativa (en general, las modalidades que surgieron cuando el valor de los inmuebles hipotecados aumentaba a tal velocidad que superaba el incremento del monto deudor), la estructura amortizativa debe ser absolutamente transparente para que el consumidor pueda valorar cabalmente si le compensa asumir una deuda que puede subir (con el consiguiente riesgo de no poder afrontarla) a cambio de un crédito más accesible inicialmente. Estas operaciones no pueden realizarse de forma

³¹¹ Los préstamos de amortización negativa (*negative amortization*, de ahí el acrónimo “neg-am”) se crearon pensando en aquellos prestatarios que no pudieran asumir el interés periódico, dándoseles la posibilidad de no pagar su totalidad sino una cuota mínima de un reducido importe. Así, la parte de intereses no satisfecha se acumula al principal, que va incrementándose durante un tiempo determinado y hasta un límite preestablecido, sobrepasado el cual desaparecen los pagos mínimos, que pasan a ser íntegros con la consiguiente abrupta subida de la mensualidad y debiéndose más de principal que al inicio del préstamo.

³¹² Otras medidas posibles son: i) incrementar las cuotas en el respectivo importe; ii) convertir el préstamo en amortizable por otro sistema, generalmente el francés; iii) alargar el plazo de amortización, etc. De conformidad con las buenas prácticas bancarias, la entidad financiera debiera dirigirse a su cliente para llegar a una solución consensuada, teniéndose además en cuenta que toda modificación del método de cálculo aplicable requiere el consentimiento de sus clientes aun cuando opere en beneficio de éstos.

indiscriminada, como han visto las autoridades estadounidenses nítidamente al prohibir la amortización negativa en determinados préstamos hipotecarios³¹³ y establecer la obligación de ser advertida expresamente en aquellos en que se admite³¹⁴. Por su parte, el legislador comunitario ha contemplado en la Dir. 2014/17, además de la importancia de evaluar adecuadamente la solvencia del consumidor³¹⁵, la necesidad de que este reciba información personalizada con antelación suficiente a la celebración del contrato, al objeto de que pueda comparar y sopesar las características de los distintos productos crediticios, debiendo facilitársele, como parte de la FEIN, una tabla ilustrativa de amortización cuando el crédito sea con intereses diferidos, en el que los intereses adeudados no se reembolsen en su totalidad mediante las cuotas sino que se añadan al importe del crédito pendiente³¹⁶; así como, en tal caso, una explicación del modo y momento en que los intereses diferidos se añadirán en forma de importe en efectivo, y de las consecuencias para el consumidor respecto de la deuda restante, explicación a incluir en la parte de la FEIN relativa al importe de cada cuota³¹⁷.

Mientras el legislador español no transponga dicha Directiva, la OTPC obliga a que conste, tanto en la FIPRE como en la FIPER, *“de qué forma se reembolsarán el capital y los intereses durante la vigencia del préstamo (esto es, reembolsos constantes, crecientes o decrecientes)”*³¹⁸, y en esta última, siempre una tabla de amortizaciones con aviso, si ha lugar, de que pueden variar las cuotas ahí recogidas (sección 6). Mas en la parte de la

³¹³ § 1639 (f) del Título 15 *United States Code* (U.S. Code): “A mortgage referred to in section 1602 (aa) of this title may not include terms under which the outstanding principal balance will increase at any time over the course of the loan because the regular periodic payments do not cover the full amount of interest due”.

³¹⁴ § 226.19 (b) del Título 12 *Code of Federal Regulations* (CFR): “If the annual percentage rate may increase after consummation in a transaction secured by the consumer's principal dwelling with a term greater than one year, the following disclosures must be provided at the time an application form is provided or before the consumer pays a non-refundable fee, whichever is earlier: (...) (2) A loan program disclosure for each variable-rate program in which the consumer expresses an interest. The following disclosures, as applicable, shall be provided: (...) (vii) Any rules relating to changes in the index, interest rate, payment amount, and outstanding loan balance including, for example, an explanation of interest rate or payment limitations, *negative amortization*, and interest rate carryover” (cursiva nuestra).

³¹⁵ “Aunque el valor del bien inmueble es un elemento importante para determinar la cuantía del crédito que puede concederse a un consumidor al amparo de un contrato de crédito garantizado, *la evaluación de la solvencia debe centrarse en la capacidad del consumidor* para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. En consecuencia, *la posibilidad de que el valor del bien inmueble pueda rebasar el importe del crédito o pueda incrementarse en el futuro no debe constituir por lo general una condición suficiente para conceder el crédito en cuestión*” (Considerando 55, cursivas nuestras).

³¹⁶ Considerando 40 y Anexo II, Parte B, Sección “7. Tabla ilustrativa de reembolso”, aptdo. 1. La inclusión de esta tabla se prevé en ese caso y en el de créditos con tipo fijo, no obstante se contempla la posibilidad de que los Estados miembros dispongan que dicha tabla sea obligatoria en otros supuestos.

³¹⁷ Anexo II Dir. 2014/17, Parte B, Sección “6. Importe de cada cuota”, aptdo. 8.

³¹⁸ Anexos I y II OTPC, Parte B, Sección “2. Características principales del préstamo”, aptdos. 3 y 1, respectivamente.

FIPER dedicada a “riesgos y advertencias” (sección 14) nada se contempla sobre la amortización negativa ni los préstamos en que puede producirse³¹⁹. No obstante, la exigencia de advertir expresamente la posibilidad de amortización negativa derivaría del marco protector del consumidor que contrata mediante clausulado predispuesto e impuesto por el profesional (LCGC y TRLCU). Y es que en dicho marco el prestamista debe presentar una *estructura de amortización transparente*, no solo formalmente, sino también, en tanto que la misma cumple una función definitoria o descriptiva esencial, *sustancialmente*, que el consumidor pueda pues conocer sus consecuencias (entre ellas, por tanto y en su caso, el riesgo de la amortización negativa) desde la amplitud de la información facilitada en los actos previos y simultáneos a la contratación y en el mismo texto del contrato y sus cláusulas.

Si por incurrir en oscuridad sustancial el clausulado que estableciera el sistema de amortización, generase una alteración del equilibrio *subjetivo* del contrato (esto es, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación) que pasara inadvertida al adherente medio, dando lugar a efectos negativos para el prestatario consumidor, procedería apreciar su carácter abusivo y declararse su nulidad³²⁰. Ahora bien, la pura erradicación del sistema amortizativo estipulado tendría la consecuencia de hacer seguidamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por tanto puede penalizar a este más que al prestamista, eliminando así el efecto disuasorio buscado por la Dir. 93/13, razón por la que la jurisprudencia comunitaria que la interpreta ha permitido la integración del contrato que no pudiera subsistir sin el clausulado reprobado vía

³¹⁹ Los préstamos que, en su caso, han de constar expresamente en esta sección, son el préstamo en divisa, para el se ha de advertir que “el importe en euros que necesitará para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio”, y el “*préstamo de solo intereses*”, expresión con la que el legislador no parece referirse a los préstamos “Interest-Only” o “IO” originarios de EEUU, donde se empezaron a comercializar en pleno auge de demanda crediticia e incremento de los precios de los inmuebles. Se caracterizan por una carencia parcial durante una parte de su vida (en que se pagan intereses sin amortizar nada de capital), tras la cual el prestatario, salvo que cancele la deuda viva o consiga refinanciar el préstamo, tendrá que pagar cuotas mucho más altas –pues comprenden capital e intereses–, por lo que corre el riesgo de no poder afrontarlas. Pero no es este el riesgo a indicar en la sección 14 FIPER, a la vista del modelo previsto en el Anexo II OTPC, donde se puede leer “(Si ha lugar) Este es un préstamo de solo intereses. *Ello quiere decir que, durante su vigencia, necesitará reunir capital suficiente para reembolsar el importe del préstamo en la fecha de vencimiento*” (cursivas nuestras). En las instrucciones para cumplimentar la FIPER (Parte B del Anexo II) no se añade otra cosa que la obligación de indicar las advertencias de la sección 14 de forma destacada. Por tanto, parece estar pensando el legislador, más que en el préstamo IO, en el sistema de amortización americano al que nos referimos en notas precedentes, esto es, el caracterizado por devolverse el principal en un solo pago al final de la vida del préstamo, pagando hasta entonces (es decir, durante toda su vida, no durante un período concreto, que en el préstamo IO suele ser de 5 años) intereses el prestatario.

³²⁰ Cfr. SSTs 24.3.2015 (FFJJ 3º, pto. 3, y 7º, pto. 2) y 29.4.2015 (FJ 14º, ptos. 3 y 6).

sustitución de este por una disposición supletoria del Derecho nacional (SSTJ *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 84 y 85; *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 33), jurisprudencia de la que se ha hecho eco el TS para extraer de ella la conclusión de que la apreciación de abusividad de una cláusula conlleva su pura supresión, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor (STS 22.4.2015, FJ 6º, ptos. 2 y 4).

El problema entonces es que, al carecer nuestro ordenamiento de una norma supletoria de la reglamentación a sustituir en este caso (no hay previsión legal que determine el sistema de amortización en defecto de pacto³²¹), no parece claro que pueda procederse a la integración admitida por la jurisprudencia comunitaria³²², a lo que hemos de añadir las reservas que ya hicimos (epígrafe 3.2.2.C.II) sobre la propia posibilidad integradora en abstracto desde que se reformara el art. 83 TRLCU, esto es, desde que este precepto ya no contempla la integración judicial tras declararse nulo el clausulado abusivo. Precisamente con su redacción actual no cabría más que la nulidad total del contrato que no pudiera subsistir sin las cláusulas reprobadas.

Si hubiere que procederse por dicha nulidad a la liquidación del préstamo, sus intereses y la comisión de apertura cobrados al consumidor tendrían que restituirse por la entidad financiera, pero aquel habría de restituir el capital que no haya sido ya amortizado al tiempo de declararse la nulidad total. Presupuesta la compensación, el saldo deudor podría ser inasumible para el consumidor si tuviera que abonarlo de una sola vez, luego *el prestamista que ha provocado esta situación se vería privado a priori de los*

³²¹ Antes al contrario, si nada se hubiera pactado se entiende que el prestatario debe tener siempre a disposición del prestamista el *tantundem* para restituirlo cuando se pida, lo que el art. 313 CdC condiciona al cumplimiento de determinada formalidad: “*en los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho*”. Cuando tal precepto habla de “pago” lo hace en el sentido de restitución de la cantidad prestada, habida cuenta de que el art. 312 CdC dispone que, consistiendo el préstamo en dinero, *pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida* (“otro tanto” –*tantundem*– en palabras del art. 1753 CC, referente al simple préstamo o mutuo), y que, en abstracto, el precio –el interés del préstamo– no es esencial a tenor de los arts. 314 y 315 CdC.

³²² Como el TJ no menciona la norma dispositiva como instrumento *primario* de integración sino como el único cauce autorizado, es dudoso que el juez nacional pueda integrar acudiendo al uso mercantil sin contravenir la jurisprudencia comunitaria. Mas si lo hiciera, por ejemplo reestructurando un préstamo con amortización negativa por el sistema francés (que es el más usado en España), se produciría un efecto negativo para el prestatario en las fases iniciales del préstamo, pues habría de abonar un término amortizativo mayor que el que correspondía por el sistema sustituido, luego solo sería beneficiosa para el consumidor tal reconfiguración en la fases en que por el sistema estipulado en el contrato se alcanzara una mensualidad no soportable para aquel, como ha apuntado la SJPI nº 1 Fuenlabrada, 3.10.2014, FJ 3º, D.

intereses³²³ (lo que el Derecho francés contempla como sanción por incumplir la obligación precontractual de evaluar adecuadamente la solvencia del prestatario³²⁴, y nuestra LCCC por omisión de cláusulas obligatorias³²⁵, conservando el consumidor en ambos casos el beneficio del plazo para reembolsar el principal³²⁶, beneficio que no cabe en la liquidación del préstamo nulo por usurario³²⁷), *pero puede contar con la exigibilidad de intereses al tipo legal incrementado en dos puntos desde que se dictase la sentencia que ordenara la restitución por efecto de la nulidad contractual* –esto es, los intereses de la mora procesal ex art. 576 LEC, cuyo tipo puede incluso superar el pactado en el período correspondiente–, de manera que podría no verse disuadido de incumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Dir. 93/13 y la normativa nacional que la transpone, porque parte del capital lo habría recuperado constante el préstamo y el resto, ante la más que probable imposibilidad de su restitución de golpe por el consumidor, cabría recuperarlo en ejecución de sentencia donde el prestamista

³²³ En su concepción amplia ex art. 315 CdC, que reputa interés “*toda prestación pactada a favor del acreedor*”.

³²⁴ Art. L. 311-48, pfo. 2º, en relación con art. L. 311-9, ambos del C.consom.

³²⁵ Concretamente, cuando no se menciona en el contrato de forma clara y concisa “*el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y, cuando proceda, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso*”, en cuyo caso “*la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos*” (art. 21.3, en relación con art. 16.2.h, ambos de la LCCC).

³²⁶ El art. L. 311-48, pfo. 3º, C.consom., dispone que el prestatario *solo estará obligado a reembolsar el principal conforme al calendario de vencimiento previsto* (y, en su caso, a pagar los intereses de los que no se haya privado al prestamista, pues el pfo. 2º contempla la privación total o en la proporción que determine el juez). Por su parte, el art. 21.3 LCCC también penaliza al prestamista manteniendo el beneficio del plazo para el consumidor, por cuanto la obligación de restitución se reduce a pagar “*el nominal del crédito en los plazos convenidos*”, previendo en caso de omisión o inexactitud de los plazos que “*dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato*”. Como acertadamente dijo, bajo la vigencia de la LCC [cuyo art. 7.b) pasó al actual art. 21.3 LCCC], la SAP Córdoba 24.3.2010 (FJ 1º), la omisión de la relación del importe, número y periodicidad de pagos para reembolso del crédito, lo que en su conjunto se conoce como “*cuadro de amortización*”, recibe una sanción de mayor alcance que la omisión de la TAE, “*puesto que la ineficacia del pacto de intereses no se ve compensada con el interés legal, como ocurre si se omite la TAE*” [letra a) del art. 7 LCC, actual art. 21.2 LCCC], “*sino con la inexigibilidad absoluta por parte del acreedor de los intereses pactados, ya que ante tal eventualidad, el deudor solo debe pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. Además, si la omisión se refiere a los plazos o éstos son inexactos, se establece como sanción, añadida a la anterior, que el pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato*”.

³²⁷ Dispone el art. 3 Ley Azcárate que “*declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida...*”, imputando al capital los intereses abonados, sin prever su reducción a un tipo distinto y adecuado a la naturaleza del negocio (“*...y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado*”), según ha dicho la STS 14.7.2009 (FJ 4º), interpretando que el régimen legal del préstamo usurario determina que “*queda a voluntad del propio prestamista el momento en que, reclamado su cumplimiento y declarada tal nulidad, habrá de recibir la cantidad efectivamente entregada*”, debiendo el prestatario devolver lo recibido “*sin que para ello haya de tenerse en cuenta plazo alguno establecido para tal devolución*”, ya que su fijación queda comprendida en la ineficacia absoluta y total de lo convenido” (cursivas nuestras).

puede pedir el despacho por principal, intereses y el treinta por ciento de la suma de ambos conceptos (art. 575.1 LEC).

Beneficiaría pues al prestamista que no se le restituyera voluntariamente el capital pendiente, posibilidad que es mayor cuanto más hubiese quedado por amortizar, y cuanto mayor sea esa parte menos le perjudicaría la privación de intereses remuneratorios, porque sobre la cantidad pendiente de reembolso se calcularían los intereses procesales, que irían devegándose (desde la declaración judicial de nulidad) y creciendo cuanto más tardase el consumidor en saldar la deuda, que ya no solo consistiría en el principal. Y si difícilmente pudiera el consumidor reembolsar de golpe lo que no se hubiera amortizado constante el préstamo, más complicado sería que pudiera consignar en la ejecución que se instase la cantidad por la que se hubiese despachado (única forma de paralizar el devengo de intereses) conforme vimos antes, consignación que solo tendría sentido si pretendiera oponerse, pero tratándose de una ejecución de título judicial no tendría causa legal de oposición. En consecuencia, el prestamista no solo recuperaría íntegramente el capital prestado –parte vigente el préstamo, parte en ejecución– sino que también cobraría, en una ejecución que se puede alargar vía embargo al consumidor, unos intereses que no serían significativamente inferiores a aquellos que podría tener derecho a cobrar si hubiera cumplido su deber de transparencia.

Por tanto, dado que la “sanción” que en teoría recibiría el prestamista, responsable de una oscuridad abusiva que condujera a la declaración de nulidad total por imposibilidad de integrar judicialmente por el cauce admitido, sería únicamente el verse privado de los intereses del préstamo declarado nulo, si tal sanción se viera debilitada, o incluso perdiera toda virtualidad, porque la aplicación de los intereses procesales sobre la parte de capital que debe y no logra restituirle inmediatamente el consumidor puede compensar los efectos de esa privación, de ello se deduciría no solo una hipótesis contraria al efecto disuasorio buscado por la Dir. 93/13 sino incluso la evidencia de un régimen acaso reprobable desde el punto de vista comunitario (cfr. STJ 27.3.2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, C-565/12, apdos. 53-55), en tanto que el art. 576 LEC no prevé salvedad a la exigencia de sus intereses que evitara situaciones de este tipo³²⁸.

³²⁸ El aptdo. 2 de tal precepto permite al juez decidir sobre estos intereses conforme a su prudente arbitrio, pero solo en casos de revocación parcial, y el aptdo. 3 deja a salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas. En cambio, en el Derecho francés, el art. L. 313-3 *code monétaire et financier* (Código económico y financiero) prevé en su pfo. 2º la posibilidad de que el juez que conoce de la ejecución, a solicitud del deudor, le exima del incremento del interés al tipo legal establecido en su pfo. 1º

De lo expuesto resulta que *la vía* (excluyendo la intervención legislativa) *que impediría una situación a todas luces injusta y a su vez respondiera adecuadamente a la preocupación señalada por el Tribunal de Justicia –y seguida por el TS– respecto al perjuicio que se deriva al consumidor que, además de padecer el abuso, tiene que devolver inmediatamente el saldo ante la nulidad contractual, sería que el juez, al declarar nulo el préstamo, fijara un tiempo razonable para su efectiva liquidación, de manera que el consumidor pudiera restituir lo que le corresponde en varios pagos financieramente equivalentes al pago único que en otro caso resultaría exigible.* Ello posibilitaría el cumplimiento voluntario de la sentencia por el consumidor y el efecto disuario perseguido por la Dir. 93/13 y legislación nacional de transposición, pues la entidad financiera sabría que, de incumplir los deberes inherentes a dicha normativa, no podría recuperar en ejecución forzosa nada de los intereses que perdiera como consecuencia de la nulidad que provocara su actuación, porque dicha ejecución simplemente no acontecería.

Con todo, recordemos que si el juez apreciara de oficio el carácter abusivo del clausulado, debe informar de ello al consumidor antes de determinar las consecuencias de tal apreciación, por tanto en caso de que su pura supresión conllevara la nulidad total del contrato y consiguiente efecto restitutorio *ex art.* 1303 CC, no estaría obligado el juez a excluir la aplicación del clausulado en cuestión si el consumidor manifestara su disconformidad por entender que ello le resultara más perjudicial que si lo estipulado le fuera vinculante (cfr. STJ *Pannon GSM*, aptdo. 33); lo que, traído al asunto que nos ocupa, supondría que, de apreciarse *ex officio* la abusividad del sistema de amortización estipulado –por oscuridad sustancial–, el juez, antes de declarar la eventual nulidad total, habría de recabar la opinión del consumidor (y del profesional, ante el necesario debate contradictorio sobre la constatación de abusividad señalado por el TJ: vid. *supra*, epígrafe 3.1.1.C), para asegurarse su anuencia con dicha declaración y el régimen de liquidación del préstamo que se fuera a fijar consecuentemente en sentencia. Así, se garantizaría también su cumplimiento

(de cinco puntos tras dos meses desde que adquiriese fuerza ejecutiva la resolución judicial que condenara al pago de una cantidad pecuniaria) o reduzca su importe, teniendo en cuenta la situación del deudor. En el caso examinado por la citada STJ *LCL Le Crédit Lyonnais*, dicha posibilidad era insuficiente para hacer realmente disuasoria la sanción de privación de intereses *ex art.* L. 311-48, pfo. 2º, C.consom, porque en la práctica dicha medida de exención o reducción solo se concede judicialmente en la ejecución atendiendo a la situación económica del deudor, no a la gravedad de los incumplimientos del acreedor (que era el supuesto de hecho: incumplimiento de evaluar adecuadamente la solvencia del prestatario), de ahí que sean muy escasos los supuestos en que un consumidor puede beneficiarse en la práctica de la medida prevista en art. L. 313-3, pfo. 2º, *code monétaire et financier* tras la privación del derecho a intereses del prestamista (vid. STJ *LCL Le Crédit Lyonnais*, aptdo. 24).

voluntario por el consumidor y, por tanto, el efecto disuasorio para el profesional conforme antes hemos explicado.

B) Base de cálculo de intereses ordinarios. Consideración especial del método 365/360

Que el pago del préstamo se identifica con la devolución del capital recibido nos lo dice, para el de naturaleza mercantil (reputándose como tal cuando uno de los contratantes sea comerciante, *ex art. 311.1^a CdC*), el art. 312 CdC, al disponer que, consistiendo el préstamo en dinero, *pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida*, “otro tanto de la misma especie o calidad” en palabras del art. 1753 CC, referente al simple préstamo o mutuo. Nuestro ordenamiento configura el préstamo dinerario, ya sea civil o mercantil, tal que en él lo sustancial es el pago del *tantundem*, no de intereses, los cuales pueden pactarse o no. Claramente lo dice el art. 1740 CC al distinguir entre comodato (préstamo de cosa no fungible, conservando el nombre romano), “*esencialmente gratuito*”, y mutuo (préstamo de dinero o cosa fungible, denominándolo simple préstamo), que por contra “*puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses*”, lo cual viene confirmado por el art. 1755 CC al disponer que él no se deberán intereses “sino cuando expresamente se hubieren pactado”, lo mismo que el art. 314 CdC para el préstamo mercantil exigiendo su pacto por escrito, y el art. 315 CdC al decir que “*podrá pactarse el interés del préstamo*”.

El carácter accesorio del precio en el préstamo supone que, en abstracto, este contrato puede existir sin pacto de intereses. Como reconoce el Tribunal Supremo, “*en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom*”³²⁹. Ahora bien, si se pacta el pago de interés como forma de remuneración, un elemento no esencial del tipo de contrato en abstracto (el precio en el préstamo) puede pasar a formar parte del objeto principal del concreto contrato³³⁰. No todas las cláusulas relativas al precio deben ser tenidas en cuenta en orden a la exención de control de fondo, sino las que sean descriptivas o definidoras del objeto principal del determinado contrato en el que se incluyen (el art. 4.2 Dir. 93/13 no distingue entre elementos esenciales o accesorios del tipo de contrato en abstracto). El interés remuneratorio que supone el precio del préstamo puede fijarse al tipo que se

³²⁹ STS 9.5.2013, aptdo. 188.

³³⁰ Ello explica, por ejemplo, que el TS haya declarado que las cláusulas suelo “*forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato*” (STS 9.5.2013, aptdo. 189), que las someta, no a control de contenido, sino de transparencia, y que, en caso de oscuridad sustancial, haya apreciado, por tal razón, su carácter abusivo y consiguiente nulidad (STS 29.4.2015, FJ 14^o, pto. 6).

convenga³³¹, siempre que no resulte usurario (límite que por cierto prevé el art. 573-11 PCM³³²); en consecuencia, la cláusula que lo defina no puede ser declarada abusiva por su contenido sino por su eventual falta de transparencia: el interés remuneratorio nunca es abusivo, puede ser usuario, y en caso de ocultarse al consumidor su real alcance mediante estipulaciones predispuestas no transparentes, estas serían susceptibles de sanción de nulidad por provocar una oscuridad abusiva.

Hecha esta puntualización sobre el clausulado que cumpla, en el concreto contrato celebrado, una función definitoria o descriptiva principal, cabría preguntarse si entra dentro de esta categoría la cláusula que en un préstamo con pacto de intereses (en cuyo caso, a la obligación esencialmente *natural* del prestatario, la devolución del capital, se uniría el pago de interés, *habitual* por el ánimo de lucro de las entidades financieras) contuviese, no el “tipo de interés” –porcentaje que aplicado sobre el capital indica el precio a pagar–, sino la “base de cálculo”, esto es, el número de días utilizado para aplicar el interés en la operación financiera.

Si con la cláusula que estableciera el sistema de amortización del préstamo se define, indudablemente, el objeto principal del contrato (en abstracto y en concreto, porque describe el reembolso vía pago periódico del *tantundem*, prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza, con independencia de que los términos amortizativos llevasen también la correspondiente cuota de interés), pudiendo decirse lo mismo de las que contuviesen el tipo de interés fijo o la acotación del variable (describen, de forma rígida o limitando la variación –mínimo/máximo a pagar–, la cuantía del interés, el precio a satisfacer por el prestatario como obligación que convencionalmente se engarza a la que por naturaleza es esencial formando un todo inseparable en el concreto préstamo celebrado); no resulta evidente que la estipulación sobre la base de cálculo cumpla esa función definitoria nuclear, de hecho, el propio Tribunal Supremo, en su interpretación del art. 4.2 Dir. 93/13, parece contraponer las cláusulas descriptivas del objeto principal del contrato y aquellas relativas al método

³³¹ En este sentido, el art. 315 CdC establece que “podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie”, y el art. 4.1 OIPC que “los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijan libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación”.

³³² Dentro la sección relativa al préstamo dinerario mercantil, la PCM dedica un precepto a los “Límites al pacto de interés”, título que lleva el art. 573-11, cuyo aptdo. 1 dispone que “Podrán pactarse los intereses del préstamo sin limitación alguna, siempre que, atendidas las circunstancias de mercado y el riesgo que asume el prestamista, el préstamo no resulte usurario”, referencia que supondría el contraste con los límites de la Ley Azcárate, sin perjuicio de que el aptdo. 2 señale que “En todo caso se reputará usurario el préstamo en que se declare recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada”.

de cálculo, citando incluso la opinión jurídica de la Comisión expresada en su *Informe de 27.4.2000*, según la cual están plenamente sometidas a control de fondo “*las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio*”³³³.

Entendemos que en dicha categoría entraría, por ejemplo, la cláusula de redondeo de intereses variables, por la cual estos se calculan en cada revisión ajustándolos al extremo del intervalo de valor superior (redondeo al alza) o inferior (redondeo a la baja). Si definiera el objeto principal del contrato no cabría examinar su contenido, cosa que sin embargo ha hecho el TS declarando abusivo el redondeo que se estipulara siempre al alza³³⁴, estipulación que, desde la LMPC, forma parte de la lista negra de cláusulas abusivas por su falta de reciprocidad³³⁵. Por tanto, no hay razón aparente para dejar de controlar el contenido de la cláusula por la que se calcularan los intereses de una liquidación usando una medición temporal impuesta, pues en función de que esta sea real (un año tiene 365 días) o ficticia (suponer que un año dura 360 días, por tanto todos los meses 30 días), puede conllevar un cobro artificial de intereses que no cabría amparar en la manida libertad de fijación de precios³³⁶ ni en un hipotético conocimiento de lo que tal imposición conlleva. Con esto no queremos decir que esa estipulación no deba ser examinada vía comprensibilidad sustancial (al contrario, siguiendo del criterio del Tribunal de Justicia al interpretar la Dir. 93/13, *todas las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C, caigan o no en su art. 4.2, deben ser comprendidas por el consumidor en cuanto a su real alcance*), lo que

³³³ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, pto. III.1.c), p. 16; citado por la STS 9.5.2013 (apto. 187), tras lo cual señala que “*En este contexto, la literalidad de la Directiva 93/13/CEE: “las cláusulas que describen el objeto principal del contrato” y a “la definición del objeto principal del contrato”, sin distinguir entre “elementos esenciales” y “no esenciales” del tipo de contrato en abstracto (...), sino a si son “descriptivas” o “definidoras” del objeto principal del contrato en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al “método de cálculo” o “modalidades de modificación del precio”*” (aptdo. 188, negrita nuestra).

³³⁴ SSTs 4.11.2010, 29.12.2010 y 2.3.2011.

³³⁵ Actualmente en art. 87.5 TRLCU, y antes en aptdo. 7 bis DA 1ª LCU introducido por LMPC, se sanciona “*Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva*”. Sería, por tanto, válida la cláusula de redondeo a la baja, aunque en la práctica no se incluye por las entidades financieras en sus préstamos a interés variable, ya que, a diferencia del redondeo al alza, no les beneficia. Antes de la LMPC, la Ley 44/2002, de medidas de reforma del sistema financiero, prohibió el redondeo solo al alza en los créditos y préstamos con garantía hipotecaria, incluidos aquellos en que el prestatario no fuese consumidor, permitiendo únicamente el redondeo del interés al extremo del intervalo más próximo –alza o baja– sin poder sobrepasar el octavo de punto (0,125).

³³⁶ Máxime cuando el TS ha declarado que “*no se abriga ninguna duda de que el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de toda protección para los que en él operan como consumidores y usuarios, y de que la libertad en la fijación de los precios no es el valor central que haya que salvaguardar a todo trance con sacrificio de otros intereses personales y sociales*” (STS 7.7.1999, FJ 3º).

pretendemos resaltar es que sería susceptible de control de abusividad examinando su contenido, no solo en cuanto a su transparencia³³⁷, limitación que ha sido acogida empero por un sector judicial al entender que la cláusula de cálculo de intereses conforme a cierta base es definitoria del objeto principal del contrato³³⁸.

Considerando por nuestra parte que dicha cláusula puede tener un contenido lícito o bien abusivo, tal posibilidad supondría necesariamente un análisis no ceñido a la transparencia, a fin de evitar la indeseable hipótesis de que siguiera vinculando al consumidor un método de cálculo (el contenido) eventualmente abusivo por estimar el juez sin más que la cláusula (el continente) no adolece de una oscuridad tal que impida comprender realmente lo estipulado³³⁹. Así vamos a proceder en el siguiente estudio de los métodos de cálculo que cabría estipular en préstamos B2C.

Partiendo de que en la *fórmula matemática de liquidación de intereses*³⁴⁰ cabe adoptar, como factor para el producto con el saldo de capital y el tipo de interés, un cómputo de tiempo durante el cual se produce el devengo de intereses con criterio coincidente o bien distinto al de cómputo empleado en la base; cabría diferenciar los métodos de cálculo que podríamos denominar *puros*, por aplicar tanto en el numerador de dicha fórmula como en su denominador el año natural (365 días, 366 en bisiesto) o comercial (360 días) –métodos 365/365 y 360/360³⁴¹–, de los que llamaremos *mixtos*,

³³⁷ En nuestra opinión –que luego razonaremos–, el modo estipulado de calcular los intereses (a liquidar normalmente por mensualidades) conforme a una base impuesta puede generar un desequilibrio *objetivo* (no entre precio y prestación, sino en la situación jurídica de las partes en el contrato) por razón de su contenido, luego no bastaría con examinar si, por oscuridad de tal estipulación, pudiera alterar el equilibrio *subjetivo* (tal y como se lo pudo representar el consumidor al contratar). Ambos desequilibrios pueden acontecer perjudicando al consumidor (el carácter abusivo se constataría por partida doble), y si el juez estimase que no se dá el primero (luego contenido lícito), aún cabría declarar la cláusula nula por oscura.

³³⁸ V.g., las Secc. 9ª y 14ª AP Madrid, en Autos de 27.11.2014 (FJ 3º) y 23.3.2015 (FJ 4º), respectivamente.

³³⁹ Hipótesis que cabría si se descartase el examen de fondo, esto es, que lo estipulado pueda desequilibrar objetivamente la *lex contractus* en contra de la buena fe y en perjuicio del consumidor. Por entender vedado dicho examen, las resoluciones citadas en la nota previa se ciñen a controlar la transparencia de la cláusula sobre base de cálculo (en ambas se trataba de un método 365/360), considerándola lícita por clara y comprensible. Partiendo de la misma premisa (que la cláusula definía el objeto principal del contrato), llega a distinto resultado la SAP Madrid, Secc. 10ª, 9.4.2015, tras pasar por el control de transparencia: como no lo supera la cláusula en cuestión –contenía también un método 365/360– entra a examinar el efecto que produce su –poco claro– contenido y constata una notable desproporción en detrimento del consumidor por incrementar los intereses a pagar, confirmado así el carácter abusivo (vid. FFJJ 4º y 7º).

³⁴⁰ Capital vivo x tipo de interés nominal x período de tiempo del que se efectúa la liquidación expresado en días ÷ días del año x cien.

³⁴¹ Partiendo de que la liquidación se realiza por períodos mensuales (caso habitual), el método 365/365 considera en el tiempo de devengo de intereses los días del período realmente transcurridos y en la base el

por seguir un criterio distinto en la fracción –métodos 365/360 y 360/365–. Comparando los puros (entre ellos la diferencia es casi inapreciable³⁴²) con el único de los mixtos usado por las entidades financieras (el 360/365 no se da en la práctica, por ser el menos beneficioso para el prestamista), la cantidad total a satisfacer por interés ordinario a lo largo del año es un 1'39% o un 1'67% (en año bisiesto) superior con la opción 365/360³⁴³, que se ha calificado como una “añagaza por parte de las entidades de crédito para cobrar más intereses a los demandantes de un préstamo”³⁴⁴.

La cuestión no es tanto que el empleo de este método encarezca mucho o poco el préstamo, ni que los recibos de liquidación de intereses sufran un incremento comparativo con otros métodos que quepa calificar de importante, pues recordemos que un desequilibrio abusivo no se mide en términos cuantitativos, sino atendiendo a la gravedad de la lesión que sufra el consumidor en su situación jurídica con respecto a las disposiciones nacionales³⁴⁵; la cuestión es que el uso del año natural para el tiempo de devengo de intereses y del comercial como base de cálculo supone un cambio selectivo de criterio en exclusivo beneficio de la entidad financiera (acorta los días del año en el denominador y estira esos mismos días en el numerador), que opera como si los años fueran más largos a favor de esta que del cliente³⁴⁶, incrementándose las cuotas de interés *artificialmente, sin contraprestación alguna para el consumidor*, luego la cláusula predispuesta que imponga el método 365/360 sería así abusiva por su contenido a la vista del art. 87.5 TRLCU³⁴⁷.

La ausencia de reciprocidad, que de forma más general sanciona el art. 82.4.c) TRLCU, se patentiza en dicha cláusula si reparamos en la analogía práctica que guarda con aquella que, en préstamos hipotecarios en moneda extranjera, faculta a la entidad

número total de días naturales que tiene el correspondiente año; mientras que el método 360/360 considera que todos los meses tienen una duración de treinta días (360 en cómputo anual).

³⁴² Siendo el método 360/360 ligeramente más beneficioso para el prestatario que el método 365/365, como señala ANDRÉS LLAMAS, M.A., “El método 365/360 de cálculo de intereses en contratos de préstamo con consumidores: una propuesta de control judicial de abusividad”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 11/2014, p. 193.

³⁴³ $365 \div 360 = 1,0139$; $366 \div 360 = 1,0167$.

³⁴⁴ Así, CÓRDOBA BUENO, M., *Fundamentos y práctica de las matemáticas financieras*, Madrid, 2009, p. 28.

³⁴⁵ Ya sea en forma de restricción de derechos u obstáculo a su ejercicio o bien de imposición de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (STJ *Constructora Principado*, apdos. 22 y 23; STS 12.3.2014, FJ 5º, con expresa cita a aquella).

³⁴⁶ Distorsión provocada por el método 365/360 que apunta la SJPI nº 5 Pamplona, FJ 2º.

³⁴⁷ En este sentido, ANDRÉS LLAMAS (op. cit., pp. 197-198) lo subsume en la previsión del art. 87.5 TRLCU al entender que la aplicación de dicho método “supone un redondeo al alza en el tiempo consumido (a efectos prácticos, se están computando más días) y en el precio”. Suponga o no un redondeo *stricto sensu*, lo que nos parece claro es que, en la práctica, se estaría estipulando “el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”, como dice el art. 87.5 *in fine*.

financiera para repercutir al prestatario el *spread* (diferencia entre el precio de compra y de venta de la divisa), al aplicar un tipo de cambio para la devolución del préstamo –cotización de venta de la divisa– distinto del utilizado en el momento de su entrega –cotización de compra–. Respecto a tal cláusula, que sirve para calcular el importe de los términos amortizativos, el TJ ha dicho que el prestamista no realiza ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo (esto es, se queda con el *spread* sin contraprestación) y, por tanto, no constituye ninguna “retribución” cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del art. 4.2 Dir. 93/13³⁴⁸. Volviendo a la cláusula que nos ocupa, la entidad financiera no solo cobra más en el préstamo por usar como base de cálculo el año comercial en vez del natural –que aplica por contra en el numerador de la fórmula liquidatoria–, sin justificación en concepto de contrapartida de una prestación de servicio al consumidor ni soporte normativo que lo ampare³⁴⁹, es que además contemos con que mientras calcula los intereses a cobrar aplicando el año comercial como base, calculará los que tenga que abonar por la captación de ahorro con base al natural (porque de lo contrario tendría que pagar más), aconteciendo lo que se denomina “cambio de base”, esto es, retribuir el dinero con una base de 365 (cálculo en operaciones de pasivo de la manera menos beneficiosa para el cliente) y cobrarlo con otra de 360 (cálculo en operaciones de activo de la forma más gravosa para el cliente), quedándose así con la diferencia³⁵⁰.

Se puede colegir que la cláusula que regule el método de cálculo no sería abusiva por razón de su contenido por el hecho de usar el año comercial, sino por aplicarlo como base de la fórmula de liquidación de intereses sin hacer lo mismo en el numerador (luego el control de la

³⁴⁸ STJ Kásler y Káslerné Rábai, aptdos. 58 y 59.

³⁴⁹ Como bien vio el AAP Pontevedra 10.2.2014 (FJ 5º), considerando abusiva la utilización del año comercial por carecer de fundamento normativo (antes al contrario, hay disposiciones que establecen el cómputo según año natural; dicha resolución trae a colación lo dispuesto en la OTPC para calcular la TAE, pero existen más ejemplos) y comportar “un encarecimiento de los intereses del préstamo y correlativamente un beneficio injustificado para el prestamista”, luego partiendo de dicha premisa “el cálculo de intereses aplicado por la entidad bancaria queda ya afectado con independencia de otras consideraciones”.

³⁵⁰ “Quedándose con la base”, expresión muy habitual en las mesas de tesorería, como señala CÓRDOBA (op. cit., p. 28) al explicar los beneficios adicionales que reporta a las entidades crediticias el uso del año comercial como base de cálculo de intereses en los préstamos. Advertimos que el hecho de quedarse con la base no es algo que directamente afecte al consumidor en el marco del préstamo, sino una consecuencia (beneficiosamente buscada por la entidad con el cambio de base, ganancia en el global de sus operaciones) de lo que sí le afecta (y beneficia de nuevo al banco, esta vez como plus en el préstamo), esto es, el uso por la entidad de una base de 360 en sus operaciones de activo –y concretamente en sus préstamos el método 365/360–, que no de pasivo (ello perjudicará al consumidor en la retribución de depósitos que tenga en la misma entidad prestataria). Se obtiene así una doble ganancia: en el concreto préstamo y a nivel agregado.

base de cálculo ha de hacerse poniéndola en relación con aquel³⁵¹), porque ello es lo que da lugar al perjuicio para el consumidor según explicamos antes. Dicho de otra forma, aunque el empleo del año comercial no se prevé en norma legal alguna, sino que deriva de una práctica anterior a generalizarle la informática que buscaba facilitar el cálculo de las operaciones bancarias (práctica que hoy carece obviamente de razón técnica³⁵²), sería lícita su aplicación si el criterio fuera idéntico en la fracción, esto es, el método 360/360 no supondría un contenido abusivo pues no determina, a diferencia del método 365/360, una falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.

Insistimos en que no hablamos de perjuicio en función de una apreciación económica cuantitativa entre el resultado de emplear el método de cálculo estipulado y los otros posibles, si su repercusión en el coste del préstamo es mucha o poca³⁵³; el tomar como base un año de 360 días produce un efecto desequilibrador importante en perjuicio del consumidor por conducir a un resultado superior (de la cuantía que fuere), en beneficio de la entidad financiera, que si esta usara el mismo criterio para el cómputo en el numerador (métodos puros) o uno distinto a la inversa (360/365), sin contrapartida que justifique un incremento cimentado en la ficción de que el año tiene menos días que los reales, cuando el CdC establece que *“En todos los cálculos de días, meses y años, se entenderán: el día, de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días”*³⁵⁴, luego la importancia

³⁵¹ Cfr. SAP Madrid 9.4.2015, FJ 2º.

³⁵² Así se reconoce por el BdE a través del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (que sustituye al Servicio de Reclamaciones): *“El DCMR ha venido advirtiendo, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos”*, no obstante lo cual remite la cuestión a los tribunales (BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones*, 2013, Madrid, 2014, p. 113).

³⁵³ En este sentido, nos parece criticable el argumento utilizado por AAP Madrid 23.3.2015 en FJ 4º, donde, para considerar lícita una cláusula de cálculo 365/360 *“redactada con claridad suficiente para ser comprendida por el consumidor medio”*, se apoya en que *“su repercusión sobre el importe total de interés remuneratorio a soportar por el consumidor resulta de cuantía ínfima”* (cursivas nuestras).

³⁵⁴ Art. 60 CdC, que en su pfo. 2º dispone lo siguiente: *“Exceptúanse las letras de cambio, los pagarés y los cheques, así como los préstamos respecto a los cuales se estará a lo que especialmente para ellos establecen la Ley Cambiaria y del Cheque y este Código respectivamente”*. Pero esta previsión no ha tenido traducción práctica ni en el CdC ni en la LCCh, donde no existe particularidad especial para el préstamo en cuanto el cómputo del año, que por lo tanto ha de seguir la regla general, esto es, la utilización del año de 365 días. El propio BdE reconoce que la aplicación del año comercial en los préstamos no pasa de ser otra cosa que un “uso bancario” (así se puede leer en el Portal del cliente bancario – Criterios de Buenas Prácticas, www.bde.es), mas si esto es así, no hay razón jurídica para estimar una duración de 360 días en el denominador y no en el numerador de la misma fórmula aritmética, pues, como bien apunta ANDRÉS LLAMAS (op. cit., p. 195), un eventual uso mercantil avalaría la aplicación del método 360/360, más beneficioso para el consumidor que el método 365/365, y en todo caso no cabría calificar como uso de comercio una práctica unilateral y no uniforme, pronunciándose en este sentido la STS 8.4.1994 (FJ 2º): *“la existencia de una norma derivada del uso*

del desequilibrio resulta de una lesión jurídica (con independencia de que ello, a su vez, suponga un perjuicio económico de la dimensión que fuese³⁵⁵) en la posición del consumidor como parte en el contrato considerado, ya que en virtud de las normas nacionales debería partirse siempre de que un año tiene 365 días³⁵⁶, y no únicamente cuando le beneficie a la entidad financiera: solo en el numerador, usando en cambio el año comercial en el denominador, pues cuanto menor sea el divisor, mayor será el resultado obtenido, de ahí la inexistencia práctica del método 360/365 para calcular los intereses en el préstamo (operación de activo) y del método 365/360 para calcularlos en operaciones de pasivo (depósitos principalmente) porque en estas últimas la entidad es quien remunera al cliente.

Cabría deducir pues sin demasiada dificultad que el constatado desequilibrio, que genera la aplicación del método 365/360 en los préstamos con consumidores, resulta contrario a la buena fe, porque razonablemente no podría estimar la entidad financiera que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría que se estipulase dicho método en el marco de una negociación individual³⁵⁷. Se comprueba por tanto que no superaría el enjuiciamiento conforme a la cláusula general

no nace de una voluntad individual aunque se repita, sino que requiere la convicción de cumplimiento de una norma jurídica («opinio iuris»), que, a su vez, encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes”.

³⁵⁵ Puede que el incremento derivado de aplicar el método 365/360 en vez de otros no llegue al 2% anual (o 1% mensual) en la cantidad de interés pagada por el consumidor en el concreto préstamo, y que ese superior resultado pueda o no entenderse como relevante cuantitativamente (ya sabemos que esto no es determinante para apreciar o excluir el carácter abusivo), mas a nivel general estaríamos ante una cifra nada desdeñable. BALLUGERA GÓMEZ, C. (“Los cambios tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Comentario a la STJUE de 14 marzo 2013 contra las cláusulas abusivas”, en *www.notariosyregistradores.com*, 4.4.2013), señala que el BdE permanece ciego ante las cláusulas que calculan los tipos de interés anual acortando los días que el año tiene en el divisor y alargando los días de ese mismo año en el dividendo, “así en uno tiene 360 y en el otro 365 o 366, de modo que el interés sufre una elevación accidental y aritmética del 1,7% o del 1,4% del tipo sea remuneratorio o moratorio, según que el año sea o no bisiesto”, y hace la siguiente reflexión estimativa: “Ese abuso aplicado, vamos a poner que a un 10% del crédito de los españoles supone unos 2.550 millones de euros anuales de tasa, impuesto o exacción que los deudores entregamos a la mayor gloria del sistema financiero, eso en los años bisiestos, ya que en los demás la tasa sería solo de unos 2.100 millones dicho a ojo. El doble del dinero que se necesita todos los años para dar una moratoria al 3% de las familias morosas en la hipoteca”.

³⁵⁶ Además del art. 60 CdC antes transcrito (que comienza con un inequívoco “en todos los cálculos”), disposición general sobre los contratos mercantiles, en otras normas propias de los créditos encontramos la voluntad legislativa de que los cálculos se hagan conforme al año natural: v.g., para calcular la TAE lo prevén la OTPC –así como la CBE 5/2012– y la LCCC, y para calcular los intereses medios de los saldos vivos y nuevas operaciones de crédito frente a hogares a efectos declarativos, lo contempla la CBE 1/2010, de 27 de enero, *Entidades de Crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés*, norma 3ª, aptdo. 3.e).

³⁵⁷ Siguiendo el criterio expresado por la jurisprudencia comunitaria (vid. STJ Aziz, aptdo. 69, y Auto Sebestyén, aptdo. 28) acerca de en qué circunstancias se causa un desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, que ya tratamos *supra*; para más detalles vid. epígrafe 2.3.2.B.

de abusividad *ex art. 82.1 TRLCU*³⁵⁸, lo que ya viene implícito en las previsiones específicas de la lista negra de estipulaciones abusivas.

Téngase además presente que tanto la OTPC como la CBE 5/2012 –que la desarrolla– establecen que deberá calcularse la TAE conforme al año natural, idéntica previsión contenida en la Dir. 2014/17 (y, para los créditos al consumo, en la Dir. 2008/48 y norma nacional de transposición, la LCCC)³⁵⁹. Si con la TAE se busca facilitar la comparación de las ofertas de distintos prestamistas (es información básica que debe figurar en la publicidad de todo producto crediticio que realicen las entidades supervisadas por el BE³⁶⁰, en publicidad y en la normalizada europea sobre crédito al consumo³⁶¹ y sobre préstamos hipotecarios para inmuebles residenciales³⁶²), emplear para su elaboración una medición distinta de la que luego se usara para calcular los intereses del préstamo contratado, no solo podría ir en detrimento del consumidor sino de la competencia misma ante un déficit informativo al respecto³⁶³. Aquí la transparencia juega un papel fundamental, pues si el alcance del método de cálculo aplicable no fue objeto de información sino más bien de *previa desinformación*, al desequilibrio jurídico que pudiera provocar el propio método estipulado –el contenido

³⁵⁸ Para MÚRTULA LAFUENTE, V. (*La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, 2012, pp. 201-202) la aplicación del cómputo de 360 días iría en contra del art. 82.1 TRLCU “por no tener en cuenta que si el interés se debe por el período de tiempo durante el cual se disfruta de un capital ajeno, ha de corresponder realmente a este período y no a otro que pudiera resultar más ventajoso”, y por tanto no se trataría simplemente de un cuestión de oscuridad sustancial, esto es, de que se oculte la verdadera repercusión que la cláusula tiene sobre el coste total del préstamo (ib., n. 296).

³⁵⁹ Anexo V OTPC, Anejo 7 CBE 5/2012 y Anexos I de las Directivas 2014/17 y 2008/48 y de la LCCC, pto. I.c) en todos ellos: “los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no”.

³⁶⁰ En que se aluda explícitamente a su coste para el público, según art. 4.5.a) Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

³⁶¹ Art. 9.2.c), art. 10.2 y 3.g) y Anexo II.3 LCCC; arts. 4.2.c) y 5.1.g), y Anexo II.3 Dir. 2008/48.

³⁶² Art. 11.2.e), art. 14.1 y 2 y Anexo II.4 de la Dir. 2014/17, que en tanto no se transponga, la OTPC establece actualmente que la TAE de dichos préstamos debe constar en FIPRE y FIPER: arts. 21-23, en relación con Anexos I (Partes A y B, Sección 5) y II (Partes A y B, Sección 3) OTPC.

³⁶³ En este sentido, el Considerando 52 de la Dir. 2014/17 dispone que “para garantizar la máxima comparabilidad entre las TAE de las ofertas de distintos prestamistas, los intervalos entre las fechas empleadas para el cálculo no deben expresarse en días si pueden expresarse en un número entero de años, meses o semanas. Queda implícito en dicho contexto que, si en la fórmula de cálculo de la TAE se emplean intervalos de tiempo, tales intervalos deben emplearse para determinar el importe de los intereses y demás gastos que se utilizan en la fórmula. Por esta razón, los prestamistas deben emplear el método de medición de los intervalos de tiempo que se describe en el anexo I para calcular la cuantía de los pagos en concepto de gastos. Sin embargo, dicho requisito solo es de aplicación para el cálculo de la TAE y no afecta a los importes efectivamente cargados por el prestamista en el marco del contrato de crédito. Si esos importes difieren, puede resultar necesario explicárselos al consumidor para no inducirlo a error. Ello implica asimismo que, en ausencia de gastos distintos de los intereses, y si se ha empleado el mismo método de cálculo, la TAE será igual al tipo deudor efectivo”.

de la cláusula- (por su eventual carácter objetivamente inequitativo: a nuestro parecer lo tendría, por las razones ya expuestas, el método 365/360, no así el 360/360, que, aun implicando no usar el año natural previsto para elaborar la TAE, resulta algo mejor para el consumidor que la opción 365/365), se uniría la generación de un desequilibrio económico subjetivo, esto es, una distorsión de la relación precio-prestación tal y como se la pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en esa contratación.

En el examen de la transparencia formal y sustancial (que el TS “unifica”, en caso de clausulado principal, en lo que denomina *doble filtro de transparencia*, mientras que el TJ, al interpretar la Dir. 93/13, dice, como vimos, que el alcance de la exigencia de transparencia, entendida ampliamente, es el mismo para todas las cláusulas sin negociación individualizada) procede comprobar si el sentido de la cláusula y sus implicaciones son nítidos para el consumidor, de manera que pueda comprender los términos utilizados y conocer el exacto alcance jurídico/económico de su operatividad en el desarrollo del contrato, y para ello habrá que atender entre otras circunstancias a la información suministrada al consumidor en los actos previos y simultáneos a la contratación y en el mismo texto del contrato y su clausulado.

En consecuencia, si la TAE, como información previa que es del coste total del préstamo expresado en porcentaje anual, se ha elaborado sin tener en cuenta el criterio de “cambio de base” de año natural a comercial en el cálculo de intereses que se aplicará durante la vida del préstamo (actuación que el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del BdE –en adelante, DCMR– considera mala praxis³⁶⁴), la cláusula que regula el método de calcular el interés conllevará una oscuridad abusiva pues, aunque no cupiese duda de lo que estipula, provocará un desfase –perjudicial– entre lo que creía asumir el consumidor al contratar y lo que realmente ha contratado, esto es, un préstamo de coste superior al reflejado en la TAE.

Aun en caso de que coincida el criterio empleado en la TAE y el efectivamente aplicado en la ejecución del contrato, ello no conseguiría disipar la posible oscuridad sustancial de que adoleciera el método de cálculo estipulado, pues si no se ha informado al consumidor sobre el coste comparativo derivado de emplear uno u otro método, tal déficit informativo estaría lejos de ser suplido por cotejo de las ofertas en competencia. En efecto, aunque teóricamente la TAE permite la comparación entre entidades que aplican el año natural en el numerador y el comercial en el

³⁶⁴ BANCO DE ESPAÑA, op. cit., 2014, p. 114.

denominador, o el año comercial o natural en ambas partes de la fracción, de modo que, en igualdad de condiciones de comisiones que deben incluirse en aquella y tipo de interés aplicable, sería más alta en el primer caso que en el segundo (lo que, a su vez, permitiría comparar el coste de los préstamos en el mercado); la realidad es que, como reconoce el DCMR, con frecuencia la TAE no refleja el criterio de “cambio de base” que se terminará aplicando³⁶⁵, luego el consumidor no advierte las implicaciones que tiene el método estipulado por mucho que coincida con aquella, porque habrá contratado un préstamo que es, en cuanto a coste, aparentemente similar a otros ofertados. Por tanto, si la entidad no informa, ni con carácter previo ni en el mismo contrato, sobre el coste comparativo con otras modalidades de cálculo³⁶⁶, la cláusula que lo estipule, aun cuando fuese entendible, incurrirá en oscuridad sustancial, por cuanto no cubriría ese déficit informativo que impide conocer la influencia que la diferencia en el período temporal de numerador y denominador de la fórmula de cálculo despliega en el coste del préstamo.

La oscuridad también puede recaer sobre el propio sentido de la cláusula, por ejemplo cuando no se detalla la fórmula de liquidación de intereses, limitándose a una simple mención de “días objeto de la liquidación, expresados en días comerciales”, o expresión equivalente³⁶⁷. Si difícilmente pudiera alcanzar a comprender el consumidor las implicaciones que tiene aplicar un método de cálculo frente a otros posibles en un escenario de selección adversa, salvo extraordinario suministro de información comparativa por parte de la entidad predisponente, la falta de claridad en la terminología de la cláusula que lo recoja supondría un caso extremo de censurable opacidad (documental y sustancial).

En tanto la sanción que sería más radical, la gratuidad del préstamo, no es operativa, pues persiste la causa –convencionalmente onerosa– que motivó el devengo del interés (la entrega de dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada) al tipo fijo o variable estipulado, quedará en pie la obligación de pagar el precio mas no el modo oscuramente impuesto de calcular los intereses remuneratorios que seguirán devengándose. En el ejemplo señalado, la oscuridad sería tal que no descartaría la aplicación del año comercial como denominador (365/360), bien en el numerador (360/365) o en ambas partes de la fracción (360/360), debiendo pues prevalecer la interpretación más favorable al consumidor como ordena el art. 80.2

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ Cfr. STS 9.5.2013, aptdos. 225.d) y 296.f).

³⁶⁷ Lo que el DCMR viene considerando mala práctica bancaria, no así cuando el criterio de cambio de base esté debidamente contemplado y explicitado en el contrato (BANCO DE ESPAÑA, op. ult. cit., pp. 113-114).

TRLCU, luego si la entidad viene multiplicando por 365 y dividiendo por 360 al calcular los intereses a liquidar (opción más ventajosa para ella), habría que realizar la operación contraria a favor del consumidor (360/365, opción más propicia para este de entre las posibles que admitiera la cláusula oscura, que únicamente descartaría el método 365/365), con la consiguiente restitución de las cantidades indebidamente cobradas, condenándose a la entidad al recálculo con base de 365 días³⁶⁸.

C) Cláusula suelo

La contratación de un préstamo hipotecario a tipo de interés variable conlleva un riesgo: la fluctuación del índice de mercado a que se referencia, habitualmente Euríbor. Dicho riesgo tendrá consecuencias positivas para el prestatario ante un descenso del índice de referencia, pues la cuantía de los intereses remuneratorios que habrá de pagar se reducirá; y negativas ante una subida de tal índice, que se traducirá en una cuota mayor. A la inversa para la entidades prestamistas. Por tanto, el riesgo lo asumen *a priori* las dos partes, salvo que se pacte un tipo de interés fijo, o se acuda a mecanismos que permitan modular dichas fluctuaciones, ya sean derivados financieros (*caps* y *swaps*) o cláusulas incluidas en el propio contrato de préstamo, cuales son las denominadas “techo” y “suelo”. La cláusula techo beneficia –o debiera beneficiar– al prestatario, pues limita el máximo que puede alcanzar el tipo variable; por el contrario, la cláusula suelo favorece a la entidad prestamista, ya que se asegura que el tipo no se reduzca por debajo de un mínimo, a partir del cual un descenso en el índice de referencia no llevará aparejada una menor cuota hipotecaria.

Respecto a la cláusula suelo trataremos, en primer lugar, la posibilidad de examinar su abusividad a la vista de los argumentos esgrimidos en contra, y después los mecanismos de control de la contratación seriada propios de la legislación protectora aplicables conforme a los criterios proporcionados por el Tribunal Supremo. En cuanto a la controvertida doctrina que limita la eficacia retroactiva de la nulidad de dicha cláusula, originada con la STS 9.5.2013 y matizada por STS 25.3.2015, remitimos al estudio que antes realizamos (epígrafe 3.2.1.B) con una visión más amplia.

³⁶⁸ Nótese que la sustitución del método que se venía aplicando en la práctica por el de año natural puro (365/365), en pro de una solución “equilibrada” para ambas partes, no disuadiría completamente a la entidad de seguir empleando una oscuridad abusiva en futuros préstamos, porque siempre podría esperar que judicialmente se cambiara el método mixto perjudicial para el consumidor (365/360) por uno puro (365/365 o 360/360) que sería neutro, con lo cual no perdería tanto como si operara el mixto beneficioso para el consumidor (360/365), que de hecho es el único que aquella jamás utilizaría voluntariamente.

C.I) Consideración de condición general susceptible de control en el ámbito de tutela de los consumidores

Partiendo de que no es imperativo que una cláusula contractual tenga la consideración de condición general para que se aplique la normativa protectora del adherente consumidor (basta con que sea una “cláusula de adhesión particular” en contrato B2C), la realidad es que, encontrándose incluida en un préstamo hipotecario y siendo habitualmente el prestamista una entidad de crédito, estaremos ante un contrato seriado para que el sistema impone un concreto clausulado uniforme que, teóricamente, ha de facilitar al consumidor la comparación de las ofertas existentes en el mercado y la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos.

En consecuencia, las entidades de crédito demandadas por quienes instaban la declaración de nulidad de la cláusula suelo, vinieron planteando controversia sobre el propio carácter de condición general de dicha cláusula, en orden a excluir la aplicación de la LCGC y las normas del TRLCU a las que aquella remite para las especialidades relativas al adherente de condiciones generales que sea consumidor. Seguidamente analizaremos los argumentos, utilizados a tal fin por las entidades crediticias, que tienen que ver con la regulación normativa bancaria en cuanto a la organización de dichas entidades como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y la normativa de transparencia, estudio que, aun centrado en la cláusula suelo, puede trasladarse al común de cláusulas estándar presentes en tales contratos entre bancos y consumidores para financiar la adquisición de vivienda.

Del tenor del art. 1.1 LCGC se extrae que uno de los rasgos definitorios de toda condición general es su *contractualidad*, esto es, destinada a formar parte del contenido de un contrato, una pluralidad de ellos de hecho. Así, la doctrina mayoritaria entiende que solo estaremos ante condiciones generales cuando su validez derive de su propia incorporación a un contrato, de manera que no tendrían tal consideración las cláusulas que se limiten a reproducir una norma que fuera, en todo caso, aplicable al contrato con carácter imperativo³⁶⁹. Ya fuera en el convencimiento de que la cláusula suelo no podía considerarse condición general por carecer del requisito de *contractualidad* (en el sentido expuesto), o, sin descender a tal profundidad doctrinal, con la mera alegación de aparecer dicha cláusula en préstamos hipotecarios de entidades supervisadas por el BdE, tales entidades sostuvieron la inaplicación de la LCGC amparándose en que están

³⁶⁹ Por todos, ALFARO, “Art. 1”, op. cit., 2002, pp. 105-106. Sobre las denominadas “cláusulas declarativas” remitimos al análisis realizado *supra* en el epígrafe 2.3.

excluidas de su ámbito las condiciones que *vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes* (art. 4.II LCGC).

En efecto, las entidades crediticias argumentaron que la LCGC no resultaba aplicable a dichos contratos por su sujeción a regulación sectorial, en concreto, la normativa bancaria de protección a la clientela como era la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (derogada en 2014 por la LOSSEC, que es la norma hoy vigente), las Órdenes Ministeriales de desarrollo, cuales eran las citadas OM 12.12.1989 y OM 5.5.1994 (derogadas en 2011 por la actual OTPC), contemplando esta última, sobre transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios, los pactos de limitación de intereses variables. Tal argumento fue objeto de nuestro análisis antes de que se dictara la citada STS 9.5.2013³⁷⁰, y entonces expusimos que aquel resultaba insostenible, porque una cosa es que las entidades crediticias estén sometidas al cumplimiento de deberes formales *si incluyen la cláusula suelo en sus préstamos*, y otra bien distinta es que estén obligadas a incluirla (como ocurre v.g. con la TAE) con la consecuencia de que su contenido venga fijado imperativamente, caso en que sí operaría la exclusión prevista en el art. 4.II LCGC.

Esto segundo no acontecía respecto al suelo (o techo) hipotecario bajo la normativa señalada, como tampoco con la actual, pues no imponía –ni impone la hoy vigente– a dichas entidades la inclusión de límites a la variación del tipo de interés aplicable a sus préstamos, y siendo potestativo tampoco establecían cuáles debían ser tales límites, mínimo o máximo; lo único que hacía, concretamente la OM 5.5.1994, era prever la posibilidad de que se incluyeran y la *forma* (que no sus términos) en que debían expresarse –de querer establecerse dichos límites– tanto en el préstamo como en la oferta vinculante³⁷¹, previsiones hoy recogidas con alguna variación en la OTPC.

³⁷⁰ DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés”, en *RdP* nº 29, 2012, pp. 829-864. Con posterioridad, comentando dicha sentencia, vid., PÉREZ CONESA, C., “Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, en *AC-M*, nº 4/2013, pp. 39-47; MATEOS FERRES, M., “Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, en *RAD*, nº 5/2013, pp. 163-169; ROJAS ABASCAL, T./PORTILLO CABRERA, E., “El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo de 2013 y análisis de la jurisprudencia dictada con posterioridad”, en *RAD*, nº 5/2014, pp. 151-160.

³⁷¹ Arts. 6 y 5, respectivamente, en relación con cláusula 3 bis.3 del Anexo II OM 5.5.1994. En tanto que incluida la cláusula de limitación, quedaba sujeta, además, a las previsiones de la OM sobre la posibilidad

Afortunadamente el Tribunal Supremo vio con nitidez que la contemplación de la cláusula suelo en una norma administrativa (por entonces OM 5.5.1994, hoy OTPC), que protege a los clientes de entidades crediticias en la contratación de préstamos hipotecarios, no conllevaba la inaplicación *per se* de la LCGC –ni la negación en todo caso de su carácter de condición general– sobre la base del art. 4.II LCGC, *“ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato”*, como dice la STS 9.5.2013 (aptdos. 174 y 175) trayendo a colación lo declarado por STS 2.3.2011 (FJ 3º), esto es, que la aplicación de la OM 5.5.1994 en modo alguno suponía la exclusión de la LCGC a los contratos de préstamo hipotecario con consumidores, pues *“sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor”*, bajo el entendimiento de que el art. 2.2 *in fine* de dicha OM se refería a la LCGC, precepto que por cierto tiene análogo en la Ley 2/09 mas no en la OTPC³⁷².

Posteriormente la STS 29.4.2015, respecto a la tesis de que no cabría considerar estipulación “contractual” –luego condición general– a la cláusula suelo por derivar supuestamente del acatamiento de una norma imperativa, afirmó que *“es claro que la cláusula suelo está incorporada a un contrato, y desde ese punto de vista, se cumple el requisito de la contractualidad”* (FJ 9º, pto. 3), sin entrar en la “discutible contractualidad” de la que antes hablara el Alto Tribunal al referirse a las genuinas cláusulas declarativas (STS 9.5.2013, aptdo. 170). Y en cuanto a que la LCGC no resultaría aplicable por entrar aquí en juego lo dispuesto en su art. 4.II, declaró que *“la existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de unos requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas, cuando tal contratación se realiza en el sector bancario. Pero dicha normativa no exige que en*

de su examen por el prestatario en el proyecto de escritura pública del préstamo hipotecario (art. 7.2) y el *gatekeeping* notarial (art. 7.3.c); hoy recogidas en el art. 30 OTPC, aptdos. 2 y 3.3.b).3º, respectivamente.

³⁷² Según el art. 2.2 OM 5.5.1994 “lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *así como en las demás Leyes que resulten de aplicación*” (cursivas nuestras). No hacía por tanto mención expresa a la LCGC, sí a la LCU, hoy TRLCU. Por su parte, la hoy aún vigente Ley 2/09, que como ya vimos es aplicable a los contratos de préstamo B2C de entidades no crediticias, contempla expresamente ambas normas en su art. 1.3, mientras que la actual OTPC, para entidades de crédito, no tiene precepto análogo.

los contratos de préstamo hipotecario se incluyan cláusulas suelo ni que se incluyan con esa concreta redacción" (STS 29.4.2015, FJ 10º, pto. 3).

Por otra parte, la invocación de la normativa sectorial no solo sirvió para alegar la exclusión *ex art. 4.II LCGC*, sino también para sostener el carácter en todo caso negociado de la cláusula suelo y, por tanto, llegar al mismo resultado (inaplicación de LCGC/TRLCU). En efecto, se argumentó que dicha cláusula no podía considerarse impuesta –ni por ende condición general al carecer del requisito de imposición *ex art. 1.1 LCGC*– por el hecho de formar parte de préstamos hipotecarios cuya concesión iba sujeta al *iter* regulado en la OM 5.5.1994 (actualmente en OTPC): primero la entrega de un folleto informativo y luego de una oferta vinculante con las condiciones financieras (ofertas comercial y vinculante que bajo la OTPC se facilitan por entrega de FIPRE y FIPER), entre ellas, los eventuales límites a la variación del tipo de interés³⁷³, seguido del posible examen de la escritura pública por el prestatario con carácter previo al otorgamiento y, por último, la elevación a público del préstamo, con obligación del notario de advertir sobre las circunstancias sobre el interés variable, especialmente las relativas a las limitaciones a la variación del tipo³⁷⁴.

En palabras de la SAP Sevilla 7.10.2011 (FJ 5º), *"esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses, configurador del precio de la operación, el cual de acuerdo con lo dispuesto en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994 ha de expresarse de modo que "resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho". Por ello debe descartarse que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses que nos ocupan hayan sido impuestos a los solicitantes del préstamo"*.

Sobre las concretas "virtudes" de esa normativa, vigente entonces (OM 5.5.1994) así como de la actual (OTPC), en orden a asegurar efectivamente la transparencia, remitimos a los comentarios críticos de la doctrina científica³⁷⁵. Todo lo más que ha

³⁷³ Que actualmente han de recogerse tanto en la FIPRE (Anexo I OTPC, Parte B, Secc. 3, pto. 4) como en la FIPER: vid. art. 25 y Anexo II OTPC, Parte A, Secc. 14, y Parte B, Secc. 2, pto. 2; así como Anejo 3, aptdo. 1.4.2.c), de la CBE 5/2012. La Dir. 2014/17 establece que los límites a la variabilidad del tipo de interés, ya sean máximos o mínimos, han de constar en la FEIN (Anexo II, Parte B, Secc. 3, pto. 6).

³⁷⁴ El examen previo y la advertencia notarial se contemplan hoy en art. 30 OTPC, aptos. 2 y 3.b).3º.

³⁷⁵ Poniendo de manifiesto la insuficiencia de los deberes formales de la OM 5.5.1994 para garantizar la transparencia de la cláusula suelo, PERTÍÑEZ (op. cit., 2011, pp. 9-10) y CASTILLA ("Sobre la abusividad...", op. cit., 2011, versión electrónica, BIB 2011\289, pp. 7-8). Y con respeto a la actual OTPC, también muy

reconocido el TS es que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a consumidores garantiza razonablemente la observancia de los *requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación* de las cláusulas de determinación de intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor (STS 9.9.2013, aptdo. 202), lo cual no exceptúa que se facilite otra información más adecuada al cliente (o que la facilitada lo sea de una manera más apropiada), *ni que su simple observancia pueda excluir la abusividad de la cláusula por falta de transparencia* (STS 29.4.2015, FJ 10º, pto. 3 *in fine*, y STS 9.5.2013, aptdo. 215). Como puede colegirse, el Tribunal Supremo descarta que el hecho de pasar la cláusula suelo por ese proceso suponga *per se* la ausencia de su imposición (argumento que rechaza expresamente la STS 8.9.2014, FJ 2º, pto. 2), porque si así fuera no estaría sujeta al control de inclusión *ex LCGC* –ni tampoco al de transparencia real en el ámbito de consumo– al que la declara sometida en cuanto auténtica condición general.

A mayor abundamiento, dice el Alto Tribunal que es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación, v.g. el bancario, los profesionales utilizan contratos integrados por condiciones generales (STS 22.4.2015, FJ 3º, pto. 3), como también resulta notorio que en los servicios financieros de consumo común están absolutamente predeterminados la oferta y el precio o contraprestación a satisfacer por ellos, luego quien pretenda obtenerlos deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar, y de hecho la entonces vigente OM 5.5.1994 partía de que *“el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas”* (STS 9.5.2013, aptdos. 156 y 157).

Dado que hay imposición de una cláusula, a efectos de ser considerada como condición general, cuando su incorporación al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional (STS 29.4.2015, FJ 9º, pto. 9), y que, una vez decidida por cada entidad financiera la aplicación de cláusulas limitativas a la variación del tipo de interés como política comercial, ni los propios directores de sucursal podían alterar esa característica básica del producto crediticio³⁷⁶; resultaba indefendible que dichas cláusulas no fueran impuestas a los consumidores, por mucho que el proceso de concesión del préstamo hipotecario se siguiera bajo el *iter* previsto en la normativa

críticos se muestran GOMÁ LANZÓN, F., “Análisis y crítica de la orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios”, PÉREZ HEREZA, J., “Propuestas notariales de protección al deudor hipotecario”, y YANES YANES, P., “El control de la ‘cláusula suelo’”, los tres en *El Notario del Siglo XXI* (www.elnotario.es), nº 40, 8.12.2011, nº 41, 1.2.2012, y nº 43, 16.5.2012, respectivamente.

³⁷⁶ Como reconoció el BdE en su “Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios” (BOCG, Senado, nº 457, de 7.5.2010, pp. 12-26), concretamente en pto. 3.1 (ib., p. 19).

específica, pues la aplicación de aquellas respondía, no a una negociación individual, sino a decisiones individuales de las entidades de crédito.

En suma, la existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria no excluye el carácter de condiciones generales de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores (STS 9.5.2013, aptdo. 178; STS 8.9.2014, FJ 2º, pto. 2; STS 29.4.2015, FJ 10º), y en tanto que no negociadas individualmente procederá el control de abusividad, salvo que el empresario pruebe, en contra de lo que en dicho sector es notoriamente habitual y acorde a la lógica de la contratación en masa, el supuesto excepcional de su negociación, *acreditando las razones que llevaron a ello con el concreto consumidor y las contrapartidas que este obtuvo por la inserción de cláusulas favorables al profesional* (SSTS de 22 y 24 de abril de 2015, FJ 3º [pto. 3] y FJ 7º [pto. 5], respectivamente). Por tanto, resulta inviable a tales efectos la defensa empresarial consistente en meras alegaciones (esto es, sin respaldo probatorio de las circunstancias antedichas), como por ejemplo la referente a que la existencia de una pluralidad de ofertas contractuales (con y sin cláusula suelo) y la teórica posibilidad de escoger entre ellas equivale a negociación³⁷⁷, o la alegación de que no cabe estimar impuesta la acotación contractual a la variación del tipo de interés por ser una cláusula atinente al precio³⁷⁸. Se trata de objeciones, no de orden fáctico, único en que tiene relevancia la carga de la prueba³⁷⁹, sino conceptual o jurídico, que además han sido expresamente descartadas por el Tribunal Supremo³⁸⁰.

C.II) Criterios jurisprudenciales sobre su carácter abusivo

Teniendo presente que la cláusula suelo puede ser condición general y sometida a control de abusividad, y que a ello no se opondría el hecho de que incidiera sobre un elemento esencial ni tampoco que el profesional cumpliera los deberes

³⁷⁷ Argumento acogido por SAP Sevilla 7.10.2011 (FJ 5º) ante la presentación por las entidades financieras de un número de préstamos sin cláusula suelo, lo cual es entendido como elemento excluyente de la imposición de tal cláusula presente en otros tantos contratos de dichas entidades. Se equiparaba así la “generalidad” *ex art. 1.1 LCGC* con la idea de “totalidad”, en la medida en que solo vendría a no descartar la imposición de la cláusula si esta apareciese en todos los préstamos hipotecarios de la entidad.

³⁷⁸ Bajo la tesis de que las cláusulas sobre elementos esenciales, aunque predispuestas, jamás podrían entenderse impuestas: vid., por todos, PAGADOR, op. cit., 1999, p. 285, y ALFARO, op. cit., 2002, p. 133.

³⁷⁹ Así, la STS 29.4.2015, FJ 7º, pto. 6, refiriéndose a las alegaciones de la entidad crediticia contra el carácter no negociado de la cláusula suelo.

³⁸⁰ Vid. STS 9.5.2013, aptdo. 165, letras b) y c), y STS 29.4.2015, FJ 11º.

informativos *ex* regulación sectorial³⁸¹, resta por examinar los criterios que se han manejado para sostener la posible abusividad de este tipo de cláusulas.

Si partimos de que en las relaciones B2C tanto el tradicional *control de contenido* como el llamado *control de transparencia* (analizado en epígrafe 2.4.2.C.II) conforman el *control general de abusividad*³⁸², es preciso señalar que, desde la vía clásica, se defendió que la cláusula suelo generaría un desequilibrio jurídico por falta de reciprocidad *ex* arts. 82³⁸³, aptos. 1 y 4, y 87 TRLCU, bien por ausencia de la correspondiente cláusula techo, bien porque, de existir esta última, hubiera una distribución asimétrica del riesgo de bajadas y subidas del tipo de interés en único beneficio del predisponente³⁸⁴. No obstante, el Tribunal Supremo sentó la improcedencia de enjuiciar este tipo de cláusulas bajo tales consideraciones³⁸⁵, por entender que las condiciones generales que regulan los elementos esenciales, tal cual ocurre con la cláusula suelo (que “*forma parte*

³⁸¹ Dice la STS 9.5.2013 que “el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo”, y que “no excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial” [aptdo. 144, letras a) y c), respectivamente]. Por su parte, la STS 29.4.2015 de forma tajante titula su FJ 11º así: “Las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas”.

³⁸² Si bien el control de contenido se ha identificado siempre con el juicio de abusividad, el TS ha ampliado esta concepción al decir que el control de transparencia es (también) “parte integrante del control general de abusividad” (STS 8.9.2014, FJ 2º, pto. 8).

³⁸³ Entre otras, la SJM nº 2 Sevilla 30.9.2010, FJ 4º, y la SAP Zaragoza 8.5.2012, FJ 4º. También defendieron esta posición los magistrados LARROSA AMANTE y MORENO GARCÍA, ambos en SOLER PASCUAL, L.A., “¿Son abusivas las cláusulas suelo que se constituyen en algunas hipotecas?”, BCI, nº 85, dic. 2011, versión electrónica, EDB 2011/288179, pp. 4 y 5. En contra se argumentó que, al ser el préstamo un contrato de tracto único, sólo existirían obligaciones para el prestatario desde que se le entrega el capital, de modo que nada tendría derecho a recibir a cambio de soportar la limitación al tipo de interés; así, i.a., la SAP Sevilla 7.10.2011, FJ 6º, y en la doctrina, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León sobre las cláusulas de suelo y techo”, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com>, 28.3.2011.

³⁸⁴ Bajo este criterio comparativo de las acotaciones máxima y mínima, entendieron abusiva la cláusula suelo, entre otras, la SAP Burgos 23.3.2012, FJ 3º, y la SAP Cáceres 24.4.2012, FJ 8º; criterio que se consideró insuficiente (v.g., PERTÍÑEZ, op. cit., 2011, pp. 2-3 y 6-7, que aun compartiéndolo señaló la posibilidad de que la cláusula, en sí misma, pudiera ser abusiva por falta de transparencia; vid. también CASTILLA, “Sobre la abusividad...”, op. cit., 2011, pp. 6-7), o bien improcedente por suponer un enjuiciamiento del equilibrio económico (así, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30-IX-2010 sobre las cláusulas de «suelo» en los tipos de interés de los préstamos hipotecarios”, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com>, 19.10.2010; PALAU RAMÍREZ, F., “Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido”, en AC-M, nº 5/2011, versión electrónica, BIB 2011\1062, p. 20; SAP Sevilla 7.10.2011, FJ 6º).

³⁸⁵ De forma general, la STS 9.5.2013, y refiriéndose al criterio de comparación entre las limitaciones al alza y a la baja (simetría de techo y suelo), la STS 29.4.2015, FJ 13º, pto. 3, con el siguiente argumento: “no existiendo una previsión legal relativa al equilibrio o la proporción que deban guardar las cláusulas “suelo” y “techo”, y que fije los criterios conforme a los cuales pudiera apreciarse tal desequilibrio, no puede declararse la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por consideraciones relativas a tal desproporción o falta de equilibrio”.

*inescindible del precio que debe pagar el prestatario y, por tanto, define el objeto principal del contrato*³⁸⁶) son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones, en concreto, vía examen de transparencia real.

En efecto, afirma el Alto Tribunal que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, *como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones*, no obsta a que el sistema la someta al denominado “doble filtro de transparencia”³⁸⁷. Recordemos que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para su incorporación al contrato (transparencia documental), resulta insuficiente para eludir el control de abusividad, pues la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su alcance económico y jurídico en el desarrollo del contrato³⁸⁸ (transparencia real). Esto es, las condiciones nucleares de un contrato B2C pueden declararse abusivas, aunque estén redactadas en caracteres legibles y sean gramaticalmente comprensibles, si el defecto de transparencia –real– provoca: i) una alteración subrepticia del objeto del contrato o del equilibrio entre precio y prestación que se pudo representar mentalmente el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación; ii) un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, que en caso de la cláusula suelo no transparente consiste en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con dicha cláusula ante una bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de poder comparar correctamente las diferentes ofertas existentes en el mercado³⁸⁹.

Las circunstancias que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta para apreciar esa *alteración del equilibrio económico subjetivo perjudicial para el consumidor*, considerando como resultado el carácter abusivo de la cláusula suelo por falta de transparencia real, responden en suma a un escenario de déficit informativo en el *iter* contractual que impide al consumidor hacerse una cabal idea de la transcendencia que la estipulación puede provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, esto es, por

³⁸⁶ STS 29.4.2015, FJ 13º, pto. 2, con cita a la STS 9.5.2013.

³⁸⁷ Recogido por primera vez en la STS 9.5.2013, como recuerda la STS 29.4.2015, FJ 14º, pto. 3. Respecto a ese “doble filtro” remitimos al extenso análisis que hicimos *supra* (epígrafe 2.4.2.C.II) sobre la construcción jurisprudencial del control de transparencia.

³⁸⁸ STS 9.5.2013, aptdos. 211 y 215; STS 8.9.2014, FJ 2º, pto. 8; STS 24.3.2015, FJ 3º, pto. 3; STS 29.4.2015, FJ 14º, pto. 3.

³⁸⁹ STS 24.3.2015, FJ 3º, pto. 3, y FJ 7º, pto. 2; STS 29.4.2015, FJ 14º, pto. 3.

incumplir el predisponente de la cláusula ese especial deber de transparencia en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta.

En el ámbito de valoración abstracta (acción colectiva), el Alto Tribunal identificó, en su sentencia de 9.5.2013 (aptdo. 225, y 7 del fallo), seis circunstancias: i) creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; ii) falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; iii) creación de la apariencia –por su inserción conjunta– de que el suelo tiene como contraprestación la fijación de un techo; iv) ubicación de la cláusula entre una abrumadora cantidad de datos que la enmascaran diluyendo la atención del consumidor; v) falta de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; vi) falta de previa advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la entidad prestamista o advertencia de que no se ofertan al concreto perfil de cliente. Mediante ATS 3.6.2013 se aclaró, por un lado, que no se trata de relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra y que la presencia aislada de alguna, o algunas, es insuficiente para poder considerar no transparente la cláusula a efectos de control de abusividad, pues lo que determinó la declaración de nulidad fue la conjunción de todas aquellas (aptdos. 11 y 12); por otro lado, que esa nulidad no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se beneficie durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia, pues ello no convierte la cláusula en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses de aquel, ya que tal cláusula tiene por fin exclusivo proteger los intereses del prestamista frente a dichas bajadas (aptdos. 18 y 19).

Aunque el TS aclarase que ese elenco de circunstancias no era *numerus clausus*, lo cierto es que al mismo se han atenido los tribunales inferiores para aplicar la doctrina jurisprudencial a las cláusulas suelo objeto de su enjuiciamiento, al comprobar que concurre dicho elenco fáctico en las sometidas a su consideración. Este modo de operar, a efectos de declarar la nulidad por oscuridad determinante de abusividad, no supondría una reprochable traslación acrítica de dicha doctrina, siempre que el tribunal correspondiente justifique que los supuestos sobre los que se pronuncia son similares a aquellos que determinaron la decisión del Supremo (STS 24.3.2015, FJ 9º). En este sentido, la reciente SJM nº 11 Madrid 7.4.2016 que, apoyándose en esa lista de circunstancias (FJ 9º, 9.3.2 y 9.4), ha declarado la nulas por falta de transparencia las

cláusulas suelo presentes en préstamos hipotecarios de cuarenta entidades financieras, número en que quedaron las inicialmente demandadas –ciento una entidades– por ADICAE tras sus correspondientes procesos de fusión.

En el ámbito de valoración específica (acción individual), el Alto Tribunal ha aplicado su propia doctrina a los casos enjuiciados en SSTS 8.9.2014 y 29.4.2015. En la primera de ellas, señaló que, a efectos del principio de transparencia real, la cláusula suelo constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de los préstamos hipotecarios a interés variable, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable, tanto en el marco de dicha oferta como en el de las escrituras públicas de dichos préstamos, *sin que la entidad prestamista pueda descargar su deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados*³⁹⁰; en consecuencia, aprecia oscuridad de la cláusula cuestionada al aparecer, en las correspondientes oferta vinculante y escritura, dentro de una estipulación más amplia (relativa al tipo de interés variable) sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de la contratación (STS 8.9.2014, FJ 2º, pto. 9). Igualmente consideró el Alto Tribunal que la cláusula suelo objeto de análisis en la segunda resolución citada no era transparente, apreciando por ello su carácter abusivo y consiguiente nulidad, por haber recibido un tratamiento secundario en la información suministrada al consumidor, hasta el punto de no estar en el folleto de la oferta realizada, y ubicándose donde sí aparecía (oferta vinculante y escritura de préstamo) entre una abrumadora cantidad de datos que no

³⁹⁰ Al respecto, dice la STS 8.9.2014, FJ 2º, pto. 9, que “*sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia*”. Para la DGRN, el deber de transparencia “*debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias impuestas por la regulación sectorial; de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor puede evaluar directamente, basándose en criterios comprensibles, de las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas*”, aunque reconoce que “*si bien «lege ferenda», ello debiera ser suficiente, sin embargo la literalidad del artículo 6 de la Ley 1/2013 (...) se manifiesta en términos imperativos, «se exigirá» dice el precepto*” (RDGRN 12.3.2015, FJ 6º); esto es, en su opinión el cumplimiento del protocolo, derivado del Reglamento Notarial y la OTPC, bastaría para garantizar la transparencia de la cláusula suelo, mas el legislador obliga al notario a acompañar a la escritura de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda la expresión manuscrita *ex art. 6 Ley 1/2013*. Pues bien, a tenor de lo dicho por el TS, ni una cosa ni otra excluiría la apreciación del eventual carácter abusivo por falta de transparencia real.

permitía hacerse idea cabal de su significado y trascendencia, máxime cuando no se incluyeron simulaciones del comportamiento del tipo de interés en distintos escenarios ni tampoco una advertencia sobre el coste comparativo con otros productos de la entidad crediticia, impidiéndose así al consumidor conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad del tipo de interés (STS 29.4.2015, FJ 14º, pto. 6).

4.4.3. Intereses de demora y pacto de anatocismo

Es habitual que en el préstamo figure una cláusula tipo, predispuesta por la entidad financiera e impuesta al consumidor, que prevea que: i) las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado de la prestamista, un interés moratorio de un determinado tanto por ciento nominal anual; i) los intereses vencidos y no satisfechos se acumularán al capital para seguir produciendo los intereses pactados.

Se trata de previsiones para la falta de puntual cumplimiento por el prestatario de sus obligaciones pecuniarias, en que, reservándose la entidad la posibilidad de dar por vencido el préstamo (sobre la estipulación de vencimiento anticipado trataremos *infra*, epígrafe 4.4.4), se fija un resarcimiento consistente en pagar un tipo de interés –moratorio– por las cuotas impagadas, así como los intereses –anatocísticos– generados por capitalizar intereses, que en abstracto pueden ser tanto remuneratorios como moratorios, no satisfechos.

Cuando el interés moratorio convencional y el pacto de anatocismo no han sido objeto de negociación individual, sino que forman parte de la contratación seriada de préstamos B2C, estarán sometidos a control de abusividad en orden a comprobar si existe proporcionalidad entre el retraso en el cumplimiento del consumidor y la indemnización asociada, para lo cual es preciso analizar las disposiciones legales que tratan la cuestión de indemnizar equitativamente al acreedor por dicho retraso sin establecer un interés desproporcionado. Así, expondremos la regulación legal y su comparativa con la prevista en los instrumentos de modernización, la limitación (al estipular la tasa de interés) y prohibición (de capitalizar intereses moratorios) sentadas legalmente en caso de préstamo para adquisición de vivienda habitual garantizado con hipoteca sobre la misma, así como la cuestión relativa a la prohibición de integración y moderación de intereses abusivos; todo ello con base en las disposiciones de la

normativa de protección del consumidor y criterios establecidos al respecto por la jurisprudencia nacional y comunitaria.

A) Cláusula de interés moratorio

A.I) Regulación nacional y modernizadora europea sobre los intereses de demora

En nuestro ordenamiento son varias las disposiciones legales que regulan diversos supuestos de interés moratorio. Con carácter general, el art. 1108 CC fija como interés de demora, para el caso de que no exista pacto entre las partes, el interés legal. En materia de crédito al consumo, el art. 20.4 LCCC establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal. El pfo. 3º del art. 114 LH, añadido por Ley 1/2013, dispone que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero (sobre este límite nos detendremos en subepígrafe A.II). El art. 20.4º Ley del Contrato de Seguro prevé como interés de demora a pagar por las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual. También para el caso de que el deudor sea un profesional, el art. 7 Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales³⁹¹, establece, en defecto de pacto, un interés de demora de ocho puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE. Por último, el art. 576 LEC, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, prevé como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.

Como ha dicho el Tribunal Supremo, cada una de esas normas tiene su propio ámbito de aplicación, con sus propias peculiaridades, pero todas ellas tratan, en mayor o menor medida, el problema de cómo indemnizar proporcionalmente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado³⁹². Una motivación distinta es la que llevó a fijar una moderación de intereses moratorios por RDL 6/2012, de 9 de

³⁹¹ BOE nº 314, de 30.12.2004; art. modificado por Ley 11/2013, de 26 de julio (BOE nº 179, de 27.7.2013).

³⁹² SSTs de 22.4.2015, FJ 4º, pto. 5, y de 7.9.2015, FJ 5º, pto. 7.

marzo³⁹³, cuyo art. 4.1 establece que en los préstamos con hipoteca inmobiliaria en que el deudor se encuentre en *umbral de exclusión* (definido en su art. 3), el interés moratorio aplicable desde que aquel acredite a la entidad financiera tal circunstancia, será como máximo el resultante de sumar a los intereses remuneratorios un 2%, según redacción dada por art. 8.4 Ley 1/2013, que rebajó el 2,5% inicialmente previsto.

En el caso de los préstamos con hipoteca sobre vivienda a adquirir, existe libertad para fijar contractualmente el interés de demora a un tipo distinto al legal del dinero (regla dispositiva *ex* art. 1108 CC, que en iguales términos prevé el art. 1207.III PMCC, mientras que para el préstamo dinerario mercantil señala el art. 573-8.2 *in fine* PCM que en defecto de pacto se satisfará el interés legal *si fuese superior al retributivo*), siempre que no resulte usurario –habida cuenta que el TS afirma que la Ley Azcárate es de aplicación tanto a intereses remuneratorios como moratorios³⁹⁴–, ni supere, para hipotecas constituidas sobre vivienda habitual tras entrar en vigor la Ley 1/2013, el límite previsto en art. 114.III LH (triple del interés legal del dinero), al que desde entonces se atiende como criterio de abusividad en préstamos hipotecarios, aunque como luego veremos ese tope no debe ser una línea que separe *in totum* la consideración del carácter lícito (por debajo) del interés moratorio estipulado.

En el moderno Derecho contractual europeo, el art. 9:508(1) PECL establece, para todo tipo de relaciones, que “cuando se produzca un retraso en el pago de una cantidad de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses devengados por esa suma desde el momento en que vencía la obligación hasta el momento efectivo del pago. Dichos intereses se calcularán conforme al tipo medio aplicado por los bancos comerciales para grandes préstamos en operaciones a corto plazo, para la moneda de pago convenida y en el lugar que deba procederse al pago”. En su comentario oficial se señala³⁹⁵: i) el carácter dispositivo de esta regla³⁹⁶; ii) que ese interés no es una especie de indemnización por daños y perjuicios ordinaria, luego se debe con independencia de que el incumplimiento tenga o no justificación, y de que el acreedor haya adoptado o no medidas razonables para mitigar sus pérdidas. No obstante, el segundo apartado

³⁹³ De medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, BOE nº 60, de 10.3.2012.

³⁹⁴ STS 2.12.2014, FJ 3º, pto. 3.C), y pto. 4, donde se señala que la exclusión de los intereses de demora del ámbito de aplicación de la Ley de Usura contradice los criterios de unidad y sistematización que deben presidir la interpretación y aplicación de esta normativa.

³⁹⁵ *Principios, Partes I y II*, “Art. 9:508 – Comentario”, p. 666.

³⁹⁶ Las partes son libres para excluirla o modificarla, por ejemplo, fijando en su contrato el tipo de interés en caso de impago y/o la moneda de pago.

de tal precepto deja claro que el remedio de la parte perjudicada en caso de impago o de retraso de pago no se limita al interés³⁹⁷.

Por su parte, el art. 169 CEC establece en su aptdo. 1 que, salvo lo dispuesto en las reglas propias del ámbito mercantil y de la fianza, para las obligaciones pecuniarias en caso de incumplimiento o de cumplimiento inexacto o de retraso, el deudor debe reparar en todo caso (no puede exonerarse invocando una causa extraña e imprevisible) el perjuicio del acreedor sin que este haya de probar su existencia, reparación que, según los aptdos. 2 y 3, consiste en el pago de intereses (incrementados, si procede – para reparar el perjuicio derivado de la depreciación de la moneda–, por una suma a título de revalorización), calculados, *salvo pacto en contrario*, al tipo del BCE.

Distingue el DCFR, sobre los intereses moratorios, entre las deudas dinerarias en general, para las que el art. III.-3:708 reproduce lo dispuesto en art. 9:508 PECL, incluso a nivel de comentario oficial³⁹⁸, y las derivadas de operaciones comerciales, para las que el art. III.-3:710 DCFR, solo aplicable en caso de retraso injustificado del empresario en el pago del precio de los bienes o servicios suministrados, fija un tipo de interés de demora superior³⁹⁹ y un devengo cuyo *dies a quo* varía en función de la concreción o no de la fecha de pago, y de la necesidad o no de conformidad con los bienes o servicios⁴⁰⁰, considerando el art. III.-3:711 DCFR⁴⁰¹ abusiva la cláusula que,

³⁹⁷ Dice el art. 9:508(2) que “la parte perjudicada podrá resarcirse además de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en tanto puedan indemnizarse con arreglo a esta sección”, lo que supone la extensión a los daños adicionales susceptibles de reintegro dentro de los límites de las disposiciones generales sobre daños y perjuicios (*ex* arts. 9:503 y 9:505 PECL), v.g., la pérdida del beneficio de un negocio que hubiera podido llevar a cabo el acreedor con un tercero en caso de que el dinero se hubiera pagado cuando correspondía; vid., con más ejemplos, *Principios, Partes I y II*, “Art. 9:508 – Comentario”, p. 667.

³⁹⁸ Con la diferencia de que el DCFR trae al texto del precepto, en su aptdo. 1, la advertencia de que “sea o no el incumplimiento exclusable” (que se recoge en los PECL vía comentario oficial), al tiempo que usa el término “acreedor” (*creditor*) en vez de “parte perjudicada” (*aggrieved party* en PECL) tanto en apto. 1 como en el 2, referente este último, al igual que en art. 9:508(2) PECL, al resarcimiento del mayor daño ocasionado por el retraso en el pago.

³⁹⁹ A diferencia del tipo *ex* art. III.-3:708(1), *idem* previsto en 9:508(1) PECL (visto *supra*), el art. III.-3:710(4) DCFR contempla el mismo tipo que establecía nuestro art. 7 Ley 3/2004 en su redacción original, esto es, *siete* puntos porcentuales (frente a los ocho actuales) por encima del tipo de interés aplicado por el BCE a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural; lo cual es lógico porque el art. III.-3:710 DCFR está construido (como dice MEDINA ALCOZ, M., “Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference”, en *InDret*, 4/2011, p. 47) sobre las disposiciones de la Directiva 2000/35/CE (DO n° 200, de 8.8.2000, sustituida por la vigente Directiva 2011/7/UE, DO n° 48, de 23.2.2011), que en España fue transpuesta mediante la citada Ley 3/2004.

⁴⁰⁰ Dispone el art. III.-3:710, en su aptdo. (2), que el tipo de interés comienza a aplicarse al día siguiente al término en que debía de hacerse el pago o al siguiente en que concluya el periodo previsto para el pago, pero si no hubiera término o periodo, comenzará a aplicarse: (a) pasados 30 días desde que el deudor recibe la factura o cualquier solicitud de pago equivalente, o (b) pasados 30 días desde la fecha de la

desviándose manifiestamente de las buenas prácticas comerciales y contra la buena fe y la honradez en los tratos (elementos configuradores de la abusividad en relaciones B2B, *ex art. II.-9:405*, reproducidos a efectos del art. III.-3:711 en su aptdo. 3), varíe esa tasa reforzada de interés o el régimen especial para su cómputo.

Siguen ACQP, FS y CESL al DCFR en cuanto a la regulación diferenciada para intereses por retraso en el pago de deudas comerciales (arts. 8:406 ACQP, 173 FS, 169 FS *rev.*, y 168 CESL), incluida su previsión de abusividad (arts. 8:407 ACQP⁴⁰², 175 FS, 171 FS *rev.*, y 170 CESL), y de deudas pecuniarias en general (arts. 8:404 ACQP –*grey rule*⁴⁰³–, 171 FS, 167 FS *rev.*, y 166 CESL), si bien en cuanto a estas últimas tanto FS como CESL incluyen una norma específica para el caso de que el deudor sea consumidor (arts. 172 FS, 168 FS *rev.*, y 167 CESL), la cual establece con *carácter indisponible*⁴⁰⁴ que en tal caso los intereses moratorios: i) se deberán solo cuando el retraso sea inexcusable; ii) no empezarán a correr hasta treinta días después de que el acreedor haya avisado al deudor que debe pagarlos y su tasa; iii) *serían abusivos si se estipulara un “dies a quo” anterior o un tipo superior al previsto con carácter general para la demora en el pago* –que en art. 171 FS es el tipo medio aplicado por bancos comerciales para préstamos a corto plazo, y en arts. 167 FS *rev.* y 166 CESL dos puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE–; iv) no pueden ser añadidos al capital en orden a producir nuevos intereses⁴⁰⁵. Sobre esta última previsión, que impide el anatocismo en el sistema de FS y CESL cuando el deudor es consumidor, volveremos más adelante (subepígrafe 4.4.3.B.II) cuando tratemos la concreta regulación de esta figura en los instrumentos modernizadores europeos.

recepción de los bienes o servicios, si la fecha fijada en (a) es anterior a la recepción de los bienes o incierta, o si no hay certeza de que el deudor haya recibido la factura o cualquier solicitud de pago equivalente; y el aptdo. (3) prevé que si la conformidad con los bienes o servicios del contrato ha de determinarse por medio de la aceptación o verificación, el período de 30 días fijado en (2)(b) comienza a correr desde la fecha de dicha aceptación o verificación.

⁴⁰¹ Titulado *Unfair terms relating to interest*, que es una norma para los intereses por deudas pecuniarias en operaciones comerciales, a las que se refiere al remitir al art. III.-3:710. Recordemos que el DCFR regula la abusividad en todo tipo de relaciones (B2C, B2B y C2C), pero aquí tan solo contempla de modo específico las empresariales, luego para el resto habría que acudir a las normas generales sobre abusividad.

⁴⁰² La diferencia entre este precepto y el art. III.-3:711 DCFR radica en el aptdo. 3 de ambos, pues mientras el correspondiente al DCFR recoge los elementos configuradores de abusividad *ex art. II.-9:405*, el art. 8:407(3) ACQP hace lo propio respecto al art. 6:301(2), que como ya vimos en su momento solo exige para relaciones B2B una *desviación manifiesta de las buenas prácticas comerciales*.

⁴⁰³ En ACQP las *grey rules* reproducen literalmente reglas del DCFR (SCHULTE-NÖLKE/BUSCH, op. cit., 2009, p. 51), así el art. 8:404 ACQP es idéntico al art. III.-3:708 DCFR.

⁴⁰⁴ Ya que las partes no pueden, en detrimento del consumidor, excluir su aplicación o modificar sus efectos, según rezan de forma idéntica los aptdos. 5 de los arts. 172 FS, 168 FS *rev.*, y 167 CESL.

⁴⁰⁵ Las cuatro previsiones apuntadas, aplicables cuando el deudor es consumidor, están recogidas, respectivamente, en los aptdos. 1-4 de los arts. 172 FS, 168 FS *rev.*, y 167 CESL.

A.II) Límite legal en préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual y cuestionamiento comunitario acerca del recálculo de intereses

Como ya se ha comentado, la Ley 1/2013 (art. 3.2) trajo consigo la adición de un párrafo tercero al art. 114 LH –que contiene una regla acerca del anatocismo sobre la que luego hablaremos– y con él la prohibición de que, en *préstamos para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma*, el interés moratorio sea superior al triple del interés legal del dinero.

Con dicha norma se limitan los intereses de demora que pueden exigir –y en su caso predisponer– los prestamistas, entidades de crédito o no (recordemos que, de no serlo, regiría la Ley 2/09), cuando se trate de préstamos para financiar la adquisición de la que vaya a ser vivienda *habitual* con hipoteca sobre esta, carácter que, según el aptdo. 3 del art. 21 LH también añadido por Ley 1/2013 (art. 3.1), debe constar en la escritura de constitución de la hipoteca. Sobre la exigencia, aplicable a todos los préstamos hipotecarios sobre vivienda, de que conste el carácter (habitual o no) que pretende dársele, la DGRN ha dicho que “*se extiende por tanto a cualquier hipoteca en garantía de préstamo constituida sobre vivienda respecto de la que exige una declaración formal sobre su carácter o no de vivienda habitual. Es trascendente esta circunstancia porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda*”⁴⁰⁶.

Cabe pensar que la intención del legislador es mantener dicho límite mientras la vivienda hipotecada realmente cumpla el destino de residencia habitual, circunstancia que el art. 21.3 LH *in fine* obliga a presumir *iuris tantum* en el momento de la ejecución hipotecaria, si así se hizo constar en la escritura de constitución. Se trataría, por tanto, de un requisito de aplicación del límite legal que debe quedar determinado al constituirse la hipoteca, pero que controlará el órgano judicial en la ejecución si el ejecutante pretende destruir esa presunción, para lo cual habrá de probar que ya no es vivienda habitual del ejecutado y en su caso desde cuándo.

⁴⁰⁶ RDGRN 26.11.2013, FJ 5º: “*Así ocurrirá en el supuesto de disposición de derechos sobre la vivienda (vid. artículo 91 del Reglamento Hipotecario en relación a las Resoluciones de 27 de junio de 1994, 25 de abril de 2005 y 28 de septiembre de 2010), en caso de liquidación del régimen económico matrimonial (artículo 90 del Código Civil en relación a la Resolución de este Centro Directivo de 7 de julio de 2012) o en caso de embargo y ejecución subsiguiente pues la Ley 1/2013 introduce importantes novedades al respecto (vid. el artículo 7.Cuatro por el que se añade el apartado 1 bis al artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 7.Cinco de reforma del artículo 579, el artículo 7.Diez de reforma del artículo 671 y el artículo 7.Trece de reforma del 693 de la Ley de procedimiento)*”.

Acerca del límite introducido, la DT 2ª Ley 1/2013 estableció que el mismo sería aplicable, además de a los préstamos hipotecarios posteriores a la fecha de entrada en vigor de dicha ley (15.5.2013), a los constituidos antes cuyos intereses se devengarán con posterioridad o que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos; previendo en su último párrafo que en procesos ejecutivos iniciados y no concluidos a la entrada en vigor, y en los que ya se hubiera fijado la cantidad por la que se pide el despacho de ejecución, se *“dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior”*.

Tal previsión suponía que en ejecuciones hipotecarias en curso y despachadas por cantidad que incluyera intereses moratorios a un tipo convencional (el fijado en el préstamo) que excediera de ese límite, debía darse traslado al ejecutante para que dicha cantidad fuera recalculada aplicando un interés de demora a partir de un tipo no superior a tres veces el interés legal del dinero. El problema surgía cuando para el órgano judicial la cláusula de interés pudiera ser abusiva, porque esa previsión legal parecía imponerle implícitamente la obligación de moderar tal cláusula, ordenando el recálculo de los intereses moratorios estipulados y manteniendo así la vigencia de una cláusula cuyo carácter abusivo fuese apreciado por el juez, en vez de proceder a su pura y simple erradicación como resulta del art. 6.1 Dir. 93/13 según la jurisprudencia comunitaria que ya conocemos (vid. *supra*, epígrafe 3.2.2.C.I).

Sobre tal base, el JPII nº 2 Marchena presentó dos peticiones de cuestión prejudicial comunitaria contra la DT 2ª Ley 1/2013, por entender que implicaba una limitación a la protección del consumidor que contravendría dicho art. 6.1. La primera de ellas por auto de 16.8.2013, que fue resuelta por St. *Unicaja Banco y Caixabank*; la segunda se presentó el 24.10.2013 (DO C 24, de 25.01.2014, p. 2), asunto C-548/13, que fue archivado por APTJ 16.4.2015, tras notificársele al JPII esa sentencia por parte del Tribunal de Justicia que le invitó a indicar si, a la luz de la misma, deseaba mantener su (segunda) petición, siendo negativa la respuesta del órgano español, lo cual era comprensible pues en aquella sentencia el TJ consideró que, en la medida en que esa DT no impida al juez, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir dicha cláusula, la Dir. 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional (St. *Unicaja Banco y Caixabank*, apdos. 39 y 42).

La falta de reproche por parte del Tribunal de Justicia se fundó en las observaciones que hizo el Gobierno español sobre el ámbito de aplicación de dicha DT y que fueron acogidas por el Abogado General WAHL en sus conclusiones. En efecto,

dice el aptdo. 36 St. *Unicaja Banco y Caixabank* que, atendiendo a nuestro Gobierno, “el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo (...) no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora” (cursivas nuestras).

Por su parte, WAHL señaló que “En sus observaciones escritas, el Gobierno español sostuvo (...) que la finalidad tanto del párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria como de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 consiste en limitar la cantidad máxima garantizada con el bien hipotecado para limitar el alcance de las obligaciones contractuales exigibles a través de la garantía hipotecaria respecto de terceros. El límite de los intereses de demora exigibles establecido en esas disposiciones (...) se aplica a préstamos garantizados con hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual del deudor. En la vista, el Gobierno español confirmó que esas disposiciones únicamente limitan el importe de los intereses de demora en relación con el bien hipotecado, sin que alcance este límite a los demás elementos del activo del deudor, respecto de los cuales el acreedor sigue pudiendo exigir el pago íntegro de la cantidad pendiente con arreglo al artículo 1911 del Código Civil español. A la luz de las observaciones de ese Gobierno, me inclino por considerar que el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y, por lo que se refiere a situaciones regidas por el Derecho transitorio, la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, de hecho no regulan los intereses moratorios en sí, los cuales siguen perteneciendo a la esfera estrictamente contractual, sino que meramente establecen un límite al importe de los intereses de demora exigibles mediante la ejecución de una hipoteca. En consecuencia, el prestamista sigue estando facultado para exigir el pago íntegro de cualquier cantidad pendiente de pago dirigiéndose contra otros activos del deudor. Si esta interpretación del Derecho español es correcta, lo cual incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar, no alcanzo a ver qué relación tienen estas disposiciones con los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores y, aún menos, cómo esas disposiciones pueden restringirlos (...) el Gobierno español afirma que solo cuando una cláusula contractual no se considere abusiva resulta de aplicación, como una medida adicional de protección de la vivienda habitual, el límite fijado en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y, en relación con el período transitorio, en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013”⁴⁰⁷ (cursivas nuestras).

⁴⁰⁷ WAHL, N., Conclusiones en los Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, *Unicaja Banco, S.A., contra José Hidalgo Rueda, María del Carmen Vega Martín, Gestión Patrimonial Hive, S.L., Francisco*

Como vemos, el argumento utilizado por nuestro Gobierno, para evitar que el Tribunal de Justicia declarase la DT 2ª Ley 1/2013 contraria a la Dir. 93/13, fue que dicha DT no regiría para los intereses moratorios abusivos de préstamos hipotecarios (firmados antes de la entrada en vigor de tal ley), interpretación que no deducimos del tenor de dicha disposición por cuanto no hace salvedad alguna respecto al ámbito de consumo, es más, al restringirse a las hipotecas constituidas sobre *vivienda habitual* cabe deducir lo contrario, esto es, su indiscutible aplicación a préstamos hipotecarios B2C, siendo en ellos mayoritario el uso de clausulado no negociado individualmente, y por ende terreno donde pueden surgir cláusulas abusivas. Con razón se ha dicho que el argumento esgrimido por el Gobierno, y dado por válido por el TJ “como si no quisiera contrariar a un país que se tomó ciertas prisas en modificar su ley nacional para adaptarla” a la St. Aziz⁴⁰⁸, es insostenible⁴⁰⁹.

Consideramos por tanto que el Tribunal de Justicia debería haber declarado contraria a la Directiva la citada DT 2ª, en vez de plasmar una solución que la dejaba (solo) *nominal y protocolariamente*⁴¹⁰ en pie⁴¹¹, habida cuenta de que, según el aptdo. 41 de la St. *Unicaja Banco y Caixabank*, cuando el interés moratorio estipulado tuviera que ser limitado en virtud de dicha disposición, el juez nacional podría “*además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula*”; con lo cual, el recálculo ordenado por la DT se cumpliría formalmente pero sería inocuo si el juez apreciase abusividad en la cláusula de interés. Esto solo tendría algo de sentido –aunque sin valor práctico, pues aunque se recompusiera la

Antonio López Reina y Rosa María Hidalgo Vega; *Caixabank, S.A., contra Manuel María Rueda Ledesma, Rosario Mesa Mesa, José Labella Crespo, Rosario Márquez Rodríguez, Rafael Gallardo Salvat, Manuela Márquez Rodríguez, Alberto Galán Luna y Domingo Galán Luna*, Luxemburgo, 16.10.2014 (ECLI:EU:C:2014:2299), ptos. 39 y 43.

⁴⁰⁸ BALLUGERA GÓMEZ, C., “Si el interés de demora es abusivo no se puede moderar ni recalcular”, en *www.notariosyregistradores.com*, 25.1.2015. En efecto, recordemos que con la Ley 1/2013 se introdujeron modificaciones en la LEC para posibilitar la apreciación de abusividad en sede ejecutiva (remitimos al análisis realizado *supra*, epígrafe 3.1.2.B), modificaciones que, como reza el Preámbulo de dicha ley, se adoptaron “*como consecuencia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013*”.

⁴⁰⁹ De “indecente” lo califica ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (“La Sentencia del Tribunal de Justicia sobre intereses moratorios fijados por Ley”, en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 21.1.2015), porque “la inmensa mayoría de los contratos de préstamos hipotecarios se celebran entre consumidores y profesionales”, y porque, para ALFARO, “el legislador no puso ningún límite –aunque aparentó hacerlo– a los intereses moratorios al promulgar la Ley 1/2013”, pues “*el interés legal del dinero en España está muy por encima de los intereses del mercado (...) de manera que fijar en una Ley que el máximo de los intereses moratorios es de 3 veces el interés legal del dinero equivale, prácticamente, a dar libertad total al predisponente para fijar los intereses*”.

⁴¹⁰ Adjetivos bien traídos por BALLUGERA, op. ult. cit.

⁴¹¹ Pues, para salvarla, se supondría operativa en préstamos celebrados con hipotecantes no consumidores, escenario inédito hablando de vivienda habitual, o que, siéndolos, la cláusula de intereses no les hubiese sido impuesta, algo difícil en la contratación de préstamos hipotecarios.

cantidad por la que se despache ejecución, la posterior erradicación supondría otra minoración del monto total para que no se ejecutara por interés moratorio alguno– si apreciare su carácter abusivo por causa distinta a superar el triple del interés legal, porque si esta fuera la causa no tendría mucha lógica moderar para a continuación suprimir una cláusula que ya entonces no produciría el efecto desequilibrador inicialmente percibido por el juez.

Como era de prever al conocerse la St. *Unicaja Banco y Caixabank*, se resolvieron en igual sentido las peticiones de decisión prejudicial que también cuestionaban dicha DT 2ª, planteadas por otros tribunales españoles, concretamente: el JPI nº 2 Santander, vía auto de 19.11.2013, que el TJ resolvió por Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (vid. aptdo. 46); y el JPII nº 1 Miranda de Ebro, mediante auto de 17.2.2014, cuestión resuelta por Auto *Banco Grupo Cajatres* (vid. aptdo. 42). El JPII nº 3 Ávila también presentó, sobre la misma base que las anteriores, cuestionamiento prejudicial en fecha 11.2.2014 (DO C 135, de 5.5.2014, p. 23), asunto C-75/14, que se archivó por APTJ 18.3.2015, al informar el órgano español que retiraba su petición al saber de la St. *Unicaja Banco y Caixabank*.

La meliflua postura del TJ, que prefirió no reprochar sino dejar en la inocuidad el recálculo moderador *ex* DT 2ª Ley 1/2013, consiguió no obstante atajar la línea que venía defendiendo la banca española, según la cual cabía, en vez de suprimir la cláusula nula por abusiva referente al interés moratorio, moderarla sustituyendo la tasa convenida por lo dispuesto en esa disposición nacional, línea que tuvo acogida por cierto sector judicial⁴¹². Y es que lo realmente trascendente de la sentencia y autos comunitarios antedichos fue, como veremos a continuación, perfilar los contornos de la eventual consideración de abusividad del clausulado sobre intereses de demora y sus consecuencias, entre ellas y por cuanto ahora nos ocupa, la imposibilidad de sustituir el contenido abusivo, en orden a reducir y con ello mantener la obligación de pagar interés moratorio, por el límite fijado en art. 114.III LH o, respecto al régimen transitorio, en la DT 2ª Ley 1/2013.

⁴¹² Como ejemplo, la SAP Alicante, 5.6.2014, FJ 4º, que procedió a sustituir la tasa de interés moratorio anulada por la que se ajustaba a la aplicación de la DT 2ª Ley 1/2013, y la SAP Alicante 10.6.2014, FJ 2º, que abundando en ello trajo a colación la doctrina comunitaria sobre la excepción a la prohibición de integración sentada por la St. *Kásler y Káslerné Rábai* (que analizamos *supra* en epígrafe 3.2.2.C.II), sosteniendo –erróneamente– que sus argumentos “son trasladables al caso de anulación de una cláusula de la que no depende la subsistencia del contrato cuando, como es el caso de las cláusulas que fijan el interés de demora, tiene base contractual jurídicamente razonable como para mantener el fin pretendido por la cláusula”.

A.III) Valoración de su eventual carácter abusivo y consecuencias de apreciarlo desde la jurisprudencia comunitaria y nacional

La primera cuestión en torno al control de abusividad de las cláusulas que establezcan el interés moratorio aplicable a la concreta relación contractual (B2C y sin negociación individual), sería si dicho control consiste en examinar su contenido o su transparencia, lo que dependerá, según la jurisprudencia nacional, de que regule un elemento accesorio o principal –respectivamente– del contrato. Al respecto, la STS 22.4.2015 señaló (FJ 3º, pto. 5) que *“La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (...) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia (...). Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario”*.

Aunque el caso analizado por dicha sentencia se refería a cláusulas de interés moratorio en préstamos personales, lo antes reseñado es aplicable a las mismas en hipotecarios pues tales cláusulas no pierden su declarado carácter accesorio (como tampoco el principal las relativas al interés remuneratorio) por el hecho de que el préstamo se garantice con hipoteca; cuestión distinta es que, tratándose de uno u otro préstamo, el *control de contenido* (en ambos, y en cualquier modalidad contractual, examinándose la proporcionalidad de la indemnización que supone la tasa estipulada de interés moratorio) se ajuste a criterios específicos. En este sentido, partiendo de los criterios generales proporcionados por la jurisprudencia comunitaria para determinar si una cláusula causa un desequilibrio contractual en detrimento del consumidor pese a las exigencias de la buena fe⁴¹³, analizó el TS los porcentajes que nuestra legislación establece para los diversos supuestos de interés de demora –previsiones legales que antes relacionamos– e hizo un pronóstico de cuál sería el que en una negociación

⁴¹³ Recordemos que según el TJ (St. Aziz, aptdos. 68 y 69, Auto Sebestyén, aptdos. 27 y 28, y St. Constructora Principado, aptdo. 21) habría que analizar, por un lado, las normas nacionales aplicables en defecto de pacto, y por otro, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula del tipo discutido en el marco de una negociación individual. Para más detalles remitimos al estudio jurisprudencial que realizamos supra, epígrafe 2.3.2.

individual aceptaría un consumidor⁴¹⁴, que en caso de préstamos personales debería consistir en la adición de un pequeño porcentaje sobre el interés remuneratorio pactado⁴¹⁵, y en concreto sentó –como doctrina jurisprudencial– que en esos préstamos es abusivo un interés de demora que implique un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado⁴¹⁶.

Lo determinante para decidir sobre el carácter abusivo del interés moratorio establecido en una cláusula no negociada en contrato concertado con consumidores, es el examen de si hay proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización a ello asociada⁴¹⁷, pues si impusiera una desproporcionadamente alta al consumidor estaríamos ante el supuesto previsto en art. 85.6 TRLCU, que es desarrollo de lo dispuesto en el aptdo. 1.e) Anexo de la Dir. 93/13 en relación con su art. 3, disposiciones citadas por el Tribunal de Justicia al pronunciarse acerca de los criterios para decidir sobre la abusividad del interés moratorio convencional, señalando que el juez nacional debe comprobar *“por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos”*⁴¹⁸.

En préstamos personales el Tribunal Supremo ha fijado una regla precisa: dos puntos sobre el interés remuneratorio indemnizaría de modo proporcionado, siendo

⁴¹⁴ El cual admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo (SSTS de 22.4.2015, FJ 4º, pto. 4, y de 7.9.2015, FJ 5º, pto. 6).

⁴¹⁵ El TS considera que en dichos préstamos ese porcentaje adicional no debe ser elevado por cuanto la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado, entendiendo pues que el profesional no podría estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés moratorio en un préstamo personal que implicara un incremento considerable del interés remuneratorio, lo cual además supondría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto (SSTS de 22.4.2015, FJ 4º, ptos. 5 y 6, y de 7.9.2015, FJ 5º, ptos. 7 y 8).

⁴¹⁶ STS 22.4.2015, dictada en Pleno, FJ 4º, pto. 7, y Fallo, aptdo. 3; criterio que expresamente se reitera en STS 7.9.2015, FJ 5º, pto. 9. Entiende el Alto Tribunal que el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés moratorio que en los préstamos personales no suponga una indemnización excesiva es el previsto en art. 576 LEC, precepto que como sabemos marca, en defecto de pacto o disposición legal especial, un interés por mora procesal de interés legal más *dos puntos*, los cuales aplica el TS al interés remuneratorio (no al legal del dinero) como indemnización proporcionada por la demora en el pago de esos préstamos.

⁴¹⁷ STS 7.9.2015, FJ 5º, pto. 2 *in fine*.

⁴¹⁸ St. Aziz, aptdo. 74.

abusiva la cláusula que establezca un interés moratorio superior. Pero dicha regla no es trasladable a préstamos hipotecarios, los cuales, advierte el TS⁴¹⁹, *“tienen un tratamiento distinto y presenta unos problemas específicos, como resulta de la redacción del nuevo párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y de la doctrina que al respecto resulta de la STJUE de 21 de enero de 2005 [sic], asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank”*. ¿Qué significa esto? Que aunque cupiera pensar que en ellos el triple del interés legal del dinero pudiera cumplir la misma función de guía que separe un interés abusivo de uno equitativo (recordemos que el TS dijo que las normas sobre interés moratorio, entre ellas el art. 114.III LH, pretenden fijar una proporcionada indemnización por retraso en el cumplimiento⁴²⁰), hay que atender a lo dicho por el Tribunal de Justicia, que en la St. *Unicaja Banco y Caixabank* (aptdo. 40) estableció que *“no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva”*, y posteriormente en el Auto *Ibercaja Banco* (aptdo. 42, primer inciso), respondiendo a la cuestión de si la valoración de abusividad, ceñida a comprobar que el tipo pactado superase el triple del interés legal, es conforme a la Dir. 93/13, declaró que las disposiciones de esta *“no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional”*.

Claramente un interés moratorio superior al tope previsto en art. 114.III LH sería abusivo por desproporcionado, pero también *puede serlo* uno inferior (el propio TS ha declarado que el límite cuantitativo fijado por dicho precepto *“no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios”*⁴²¹), y apreciada la abusividad no cabría, en el primer caso, reducir el tipo estipulado a ese límite ni, en ambos casos, sustituirlo por un tipo previsto legalmente

⁴¹⁹ STS 22.4.2014, FJ 4º, pto. 1.

⁴²⁰ SSTs de 22.4.2015, FJ 4º, pto. 5, y de 7.9.2015, FJ 5º, pto. 7.

⁴²¹ STS 23.12.2015, FJ 5º, aptdo. d), pto. 2, donde el Alto Tribunal, remitiéndose a la STS 22.4.2015, señala que *“son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas”*.

con carácter dispositivo⁴²²: *declarada su nulidad por abusiva, la cláusula de interés moratorio debe erradicarse sin más, y por tanto ningún interés por mora será exigible al consumidor*. Ello es así por no concurrir el supuesto que según la jurisprudencia comunitaria permitiría excepcionar la prohibición de no integrar ni moderar el clausulado abusivo, recordemos, caso en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara a anular todo el contrato, quedando con ello expuesto el consumidor a consecuencias que le supusieran una penalización⁴²³.

En efecto, al regular un elemento accesorio –indemnización por falta de puntual cumplimiento–, el contrato que fuere subsistirá perfectamente sin la cláusula de interés moratorio, y tratándose de un préstamo, no habría pues inmediata exigibilidad de su devolución (que sí acontecería, perjudicando al consumidor prestatario, en caso de nulidad total del contrato), y concretamente en el garantizado con hipoteca el Tribunal de Justicia ha señalado que *“la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas”* (St. Unicaja Banco y Caixabank, aptdo. 34; Auto Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, aptdo. 39; Auto Banco Grupo Cajatres, aptdo. 39), y que los arts. 6.1 y 7.1 Dir. 93/13 *“exigen que el Derecho nacional no impida que el juez deje sin aplicación tal cláusula en caso de que aprecie que es «abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1”* (Auto Ibercaja Banco, aptdo. 42, segundo inciso).

Haciéndose eco de la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo ha declarado que *“la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”) ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés. Es, simplemente, la supresión del*

⁴²² Interés legal del dinero ex art. 1108 CC, norma supletoria del Derecho nacional. Tampoco valdría a tal efecto el art. 114.III LH, como ha advertido la STS 23.12.2015, FJ 5º, aptdo. d), pto. 3: *“el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual”*.

⁴²³ Como analizamos *supra*, epígrafe 3.2.2.C.II, doctrina sentada por la St. Kásler y Káslerné Rábai (aptdos. 82-84), citada expresamente en el aptdo. 33 de la St. Unicaja Banco y Caixabank y en los aptdos. 38 de los Autos Banco Bilbao Vizcaya Argentaria y Banco Grupo Cajatres.

incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada"⁴²⁴ (cursivas nuestras). En conclusión, la nulidad por abusivo del interés moratorio estipulado supondrá que el único interés exigible al consumidor sea el remuneratorio⁴²⁵.

B) Cláusula de capitalización de intereses

B.I) Tratamiento nacional (vigente y propuesto) del anatocismo y prohibición de capitalizar ciertos intereses moratorios

En nuestro ordenamiento, la capitalización de intereses o anatocismo surge cuando el obligado al pago de intereses no hace frente a ellos en tiempo y forma, de suerte que los vencidos y no satisfechos se consideran capital, en el sentido de que su importe devenga, por ley o pacto expreso (anatocismo legal/convencional), de modo autónomo o agregado al principal, nuevos intereses, que son los anatocísticos.

⁴²⁴ Doctrina sentada por STS 22.4.2015, FJ 6º, confirmada expresamente por STS 7.9.2015, FJ 6º. El pasaje reseñado se encuentra en el pto. 6 *in fine* de ambos FFJJ de dichas sentencias, fundamentos donde el TS repasa la jurisprudencia comunitaria sobre la prohibición de integración y moderación para concluir que en el caso de las cláusulas de interés moratorio no concurre el supuesto de excepción a dicha prohibición, trayendo a colación lo dicho por el TJ al analizar dichas cláusulas en préstamos hipotecarios. En palabras de la SAP Salamanca 19.6.2015, FJ 8º, se trata de una *"Revolucionaria doctrina, que puede resultar discutible (pues hubiera sido, quizás, más adecuado aplicar el criterio general supletorio del art. 1108 CC, estableciendo como indemnización para el prestamista el interés legal del dinero), pero que viene motivada por la necesidad de respetar la doctrina del TJUE en el sentido de rechazar cualquier posibilidad de moderación del interés de demora y de suprimir necesariamente y por completo la aplicación de la cláusula declarada nula por abusiva. El Alto Tribunal busca con esta nueva doctrina indemnizar al prestamista por el incumplimiento del contrato por parte del prestatario, a pesar de que la cláusula de intereses de demora haya sido declarada nula -y por tanto ineficaz- por abusiva. Y lo hace reconociendo la aplicación del interés remuneratorio estipulado en el contrato incluso tras el vencimiento anticipado del mismo a instancias del prestamista, partiendo de esa consideración del interés de demora como un incremento sobre el interés remuneratorio; incremento que deberá suprimirse en caso de declararse abusivo (...), sin perjuicio de que se compense al prestamista por el incumplimiento mediante la aplicación del interés remuneratorio pactado en el contrato hasta el momento en que se proceda el reintegro de la cantidad prestada"*. El criterio establecido en la STS 22.4.2015, para los préstamos personales, debe mantenerse respecto de los préstamos hipotecarios, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, según afirma la STS 23.12.2015, FJ 5º, aptdo. d), pto. 3.

⁴²⁵ Para ORDUÑA MORENO, F.J. (*"Condiciones generales, control de transparencia, integración contractual y cumplimiento o ejecución del contrato"*, en ORDUÑA MORENO, F.J./SÁNCHEZ MARTÍN, C./GUILLÉN CATALÁN, R., *Control de Transparencia y Contratación Bancaria*, Valencia, 2016, libro electrónico, pp. 132 y 133), la argumentación con la que la STS 22.4.2015 pretende justificar la vigencia del interés remuneratorio, como *"sustitutivo"* del moratorio declarado abusivo a efectos de liquidación de la relación contractual, resulta injustificable en el plano de la propia interpretación -calificada como *"literalista"* por ORDUÑA- que hace dicha sentencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la prohibición de integración, pues al final *"no tiene más remedio que reconocer que materialmente se produce una clara integración del contrato al declarar que el interés remuneratorio no resulta afectado por la abusividad del interés de demora y permitir su vigencia o aplicación en el plano de la relación contractual ante su vencimiento anticipado"*.

En el ámbito civil, el art. 1109 CC, en su primer párrafo, regula el anatocismo legal para las obligaciones civiles (*“Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados,...”*) y admite tácitamente el convencional⁴²⁶ (*“...aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto”*), remitiendo su párrafo segundo al CdC para los negocios comerciales. Los intereses anatocísticos de origen legal civil pueden tener como base intereses tanto ordinarios como moratorios⁴²⁷ (legales –tipo legal ex art. 1108 CC– o pactados), que tras ser exigidos judicialmente producirán los anatocísticos al tipo legal del dinero, salvo que para estos se haya contemplado expresamente –ergo anatocismo civil convencional– un distinto tipo aplicable (v.g. el estipulado para los intereses-base) o que se devenguen desde su reclamación extrajudicial o automáticamente desde el impago de intereses de los que traen causa, pudiendo pactarse la acumulación (desplazando la fórmula pura ex norma supletoria) de los intereses que vayan venciendo al crédito principal⁴²⁸.

En el ámbito comercial, las normas sobre anatocismo se ubican en sede de préstamo mercantil, cuyos intereses (reputándose como tales toda prestación pactada a favor del acreedor –art. 315 CdC–) *“vencidos e impagados no devengarán intereses”*, según dice el art. 317 CdC en su primer inciso, negando pues el anatocismo legal previsto en el CC (aplicable sin embargo al resto de contratos mercantiles –art. 2 CdC–), al tiempo que su segundo inciso admite el pacto de *“capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”*, si bien advierte el art. 319 CdC que *“interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos”*⁴²⁹.

Conviene resaltar que mientras la PMCC no contempla una norma similar al art. 1109 CC, la PCM, con un planteamiento expansivo de la materia mercantil⁴³⁰, prevé

⁴²⁶ MEDINA ALCOZ, M., “Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference”, en *InDret*, 4/2011, p. 28, y doctrina citada en n. 92.

⁴²⁷ A favor, MEDINA, ib., p. 21 y doctrina en n. 64; en contra, limitándolos a los remuneratorios, autores citados ib. n. 65. Nótese que la norma no hace distinción de unos u otros intereses a tal efecto.

⁴²⁸ Siguiendo la clásica distinción expuesta por MURILLO VILLAR, A. (*“Anatocismo. Historia de una prohibición”*, en *AHDE*, nº 69, 1999, p. 498, n. 3 y doctrina ib. citada), son tres las formas de concebir el anatocismo: acumulación de los intereses que vayan venciendo al capital original, de modo que la suma global produzca nuevos intereses y así sucesivamente (*acumulación sucesiva*); unificación de capital e intereses vencidos en cúmulo único (*acumulación simple*); intereses vencidos forman un capital autónomo que genera unos nuevos (los intereses de intereses –no la suma de capital e intereses– o *fórmula pura*).

⁴²⁹ Tal disposición puede entenderse, en cuanto al anatocismo convencional admitido en art. 317 CdC, como un plazo preclusivo para pactar la acumulación o bien como la imposibilidad de efectuarla, pese a la validez del pacto previo, respecto a los intereses devengados a partir de la reclamación judicial: vid. MEDINA, op. cit., p. 34 y autores a favor de uno y otro planteamiento ib. n. 113 y p. 35, n. 114.

⁴³⁰ Que únicamente deja fuera las relaciones entre particulares: vid. GARCÍA RUBIO, op. cit., pp. 9-10.

para el préstamo dinerario una disposición que acoge la exclusión del anatocismo legal y admisión del convencional *ex art. 317 CdC*.

En efecto, dispone el art. 573-9 PCM en su aptdo. 1 que *“Los intereses vencidos y no pagados no devengarán nuevos intereses. No obstante, mediante pacto expreso que conste por escrito podrá convenirse que los intereses devengados y no satisfechos se acumulen al principal, de modo que la suma de ambas cifras produzca a su vez intereses”*, y en su aptdo. 3 reproduce la regla del art. 319 CdC⁴³¹. La mayor novedad respecto al régimen vigente consiste en exigir un mínimo lapso temporal para hacer la capitalización, que solo cabrá *“anualmente, o por períodos superiores de tiempo”*, según dispone el art. 573-9.2 PCM, previendo además que *“Si se hubiere pactado un plazo más breve para la devolución del principal, o se tratare de préstamos a interés variable cuyos intereses se calcularan y devengaran por periodos pactados contractualmente, la capitalización se hará coincidiendo con el plazo más breve entre el previsto para la devolución del principal o con el cierre de cada uno de los periodos de intereses que resulten impagados”*. Novedoso también resulta condicionar la validez del anatocismo convencional a que *“se deje constancia en el contrato del coste efectivo anual del interés a pagar, según las previsiones contractuales”* (art. 573-9.4 PCM).

Nótese que la PCM habla de interés en general respecto al pacto de anatocismo en el préstamo mercantil. Sigue en este sentido al CdC, con lo cual no parece que deba distinguirse donde la norma no lo hace. La práctica demuestra que en tales préstamos es habitual estipular la capitalización de todo tipo de intereses, no solo remuneratorios. El propio legislador parte de que cabe anatocismo mercantil (luego convencional y en préstamo) sobre intereses moratorios, porque en caso contrario hubiera holgado que lo prohibiera para el préstamo hipotecario de vivienda, habida cuenta de la mercantilidad de este contrato.

Dicha prohibición fue introducida por Ley 1/2013, añadiendo el pfo. III al art. 114 LH y con él la imposibilidad de capitalizar los intereses de demora de préstamos para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma. No obstante hay una excepción en caso de eventual ejecución hipotecaria: si el remate fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del ejecutante, el ejecutado podrá liberarse pagando en cinco años el 65% de la cantidad total que quedara pendiente, incrementada en el interés legal hasta el momento del pago [art. 579.2.a) LEC], para

⁴³¹ “Interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir *nuevos réditos*”, misma redacción que el art. 319 CdC salvo porque este habla de *mayores réditos*.

cuya aplicación se permitiría capitalizar los intereses moratorios según lo dispuesto en art. 114.III *in fine* LH.

B.II) Intereses anatocísticos en el moderno Derecho contractual europeo

Comenzando por los PECL, pues no en vano constituyen la base histórica de la moderna construcción del Derecho patrimonial privado europeo⁴³², su artículo 17:101 (título *When interest to be added to capital*) prevé una suerte de anatocismo legal automático de cúmulo sucesivo al establecer que (1) el interés a satisfacer conforme al art. 9:508(1) –como ya vimos regula el interés por retraso en el pago de deudas dinerarias en general– se añade anualmente al capital, regla que (2) no sería aplicable cuando las partes hayan estipulado un interés moratorio. En el paralelo proyecto GANDOLFI, los intereses anatocísticos reciben la denominación de “suplementarios” (*intérêts supplémentaires*) por el aptdo. 5 del art. 169 CEC, según el cual las sumas de dinero contempladas en los apartados previos (analizados *supra*) generan a su vez dichos intereses, también susceptibles de actualización conforme a los mismos criterios.

Por lo que respecta al DCFR, opta por diferenciar la capitalización de intereses moratorios derivados del retraso en el pago de deuda dineraria, reproduciendo en su art. III.-3:709 lo dispuesto en el antes visto art. 17:101 PECL; y la capitalización de intereses remuneratorios no pagados puntualmente, que regula de forma específica para el préstamo en art. IV.F.-1:104(4) DCFR. En cuanto a la primera, sigue la fórmula del anatocismo automático de acumulación sucesiva, al disponer el art. III.-3:709 DCFR que los intereses debidos según art. III.-3:708 (regulador, siguiendo como vimos *supra* al art. 9:508 PECL, de los moratorios por impago de deudas pecuniarias en general, luego no se prevé ese anatocismo para los derivados de deudas comerciales *ex* art. 3:710 DCFR⁴³³) se añaden al capital cada doce meses, salvo que las partes acordaran –explícita o implícitamente⁴³⁴– un tipo de interés para el retraso en el pago.

Los intereses anatocísticos que corresponden al acreedor conforme al art. III.-3:709 DCFR se justifican en el comentario oficial por el hecho de que los intereses devengados de una obligación dineraria son un activo, de cuyo beneficio se priva a aquel por retraso tanto como la demora en el pago del principal, aunque también se reconoce que la capitalización de intereses es una sanción efectiva al moroso por el

⁴³² OLIVA, op. cit., p. 47.

⁴³³ En este sentido vid. MEDINA, op. cit., p. 47. Vid. también lo que comentamos *supra* sobre tal precepto.

⁴³⁴ DCFR, *Full Edition*, “III.-3:709”, p. 952, donde se explica esta excepción a la regla de capitalización por considerar que el hecho de que las partes pactaran un interés moratorio significa que podrían haber convenido el anatocismo y sin embargo no lo han querido.

incremento gradual que produce en la deuda⁴³⁵. En todo caso, al tratarse de una norma dispositiva es posible el anatocismo convencional, en que se estipule una preceptiva reclamación, una distinta forma de capitalización u otra fórmula de cálculo.

En cuanto a los intereses remuneratorios del préstamo, el art. IV.F.-1:104 DCFR parte (2) de que a falta de previsión en el contrato deben pagarse salvo que ambas partes sean consumidores (en coherencia con la inaplicación de las reglas del Libro IV.F a los préstamos cuyo destinatario sea consumidor, según art. IV.-F.-1:101.1), intereses que se satisfarán (1) en función de lo pactado, *ergo* las reglas supletorias serían (3) su devengo diario desde que se recibe el préstamo y (4) la capitalización anual del interés debido por adición al principal, anatocismo que es configurable convencionalmente.

Resulta curioso constatar que tanto el FS como la CESL, textos inspirados en el DCFR, se apartan de este en cuanto a la capitalización de intereses, hasta el punto de que, lejos de incluir la regla general del anatocismo “legal” *ex* art. III.-3:709 DCFR, la única disposición que dedican a la cuestión tiene como fin prohibir la capitalización en el ámbito B2C. En efecto, los preceptos relativos a los intereses cuando el deudor es consumidor, arts. 172 FS (168 FS *rev.*) y 167 CESL, establecen de forma idéntica en sus aptdos. 4 que no se podrán añadir intereses de demora al capital para producir intereses. Sin ser concluyentes sobre la posibilidad de capitalizar en B2B, la falta de inclusión de una regla que ya estaba presente en art. 17:101 PECL ha recibido críticas en la medida en que si es prioridad de la Unión Europea avanzar hacia una cultura de pago puntual, la capitalización de intereses estaría en línea con tal objetivo⁴³⁶.

B.III) Consideración de abusividad del pacto de anatocismo

Trayendo a colación lo antes dicho (epígrafe 4.4.3.A.III) sobre la imposibilidad de establecer judicialmente un interés sustitutivo del moratorio convencional declarado nulo por abusivo y sobre los criterios tendentes a considerarlo como tal, igual

⁴³⁵ *Ib.*, pp. 951-952.

⁴³⁶ Así, criticando la ausencia de una regla de capitalización en la CESL, ZIMMERMANN, R., “Interest for Delay in Payment of Money”, en GULLIFER, L./VOGENAUER, S. (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford, 2014, pp. 344 y 346; no obstante sostiene que la protección de los consumidores prevista en art. 167(4) CESL puede ser preservada dejando claro que no pueden ser obligados, por ley u obligación contractual, a pagar el interés compuesto (*ib.*, p. 347), proponiendo revisar los arts. 166-171 CESL, revisión en que el art. 171 (*ib.*, p. 349) trataría sobre la capitalización de intereses, previéndola como regla general y con adición anual su aptdo. 1 (salvo que las partes acordaran un interés moratorio, aptdo. 2), con excepción en su aptdo. 3 de que el deudor fuera consumidor, no siendo entonces posible ni siquiera mediante pacto: *If the debtor is a consumer interest may neither be added to the outstanding capital under paragraph (1) of this Article nor by agreement of the parties.*

declaración merecería la estipulación –predispuesta e impuesta al consumidor– que en el mismo contrato previera la capitalización de intereses al tipo pactado para el moratorio, porque de tal previsión resultarían unos intereses –anatocísticos– que supondrían una indemnización desproporcionadamente alta en los términos del art. 85.6 TRLCU⁴³⁷; y abstracción hecha del tipo fijado para la capitalización, si esta se estipulara sobre los moratorios que hayan sido declarados nulos, tal nulidad arrastraría consigo la de dicho anatocismo ya que no sería posible su aplicación sobre lo que habría sido erradicado sin más⁴³⁸.

Igualmente nulo sería el pacto de capitalización de intereses moratorios, al tipo de fuere y aun siendo lícitos los intereses a capitalizar, cuando dicho pacto se inserte en un préstamo para adquisición de vivienda habitual garantizado con hipoteca sobre la misma, por contravenir tal estipulación lo dispuesto en art. 114.III LH (al respecto vid. epígrafe 4.4.3.B.I). Dado que tal previsión legal parte de que en ese marco contractual – con adhesión del consumidor– dicho pacto arrojaría un injusto resarcimiento del retraso (luego lucro del prestamista en perjuicio del consumidor), las razones del legislador para prohibirlo son trasladables al concepto de abusividad *ex art. 82 TRLCU* proyectable a la cláusula de anatocismo en ese tipo de operaciones.

Teniendo presente que la capitalización de intereses, ya sean moratorios o remuneratorios insatisfechos, puede tener carácter sancionador⁴³⁹, su estipulación sin negociación podría llegar a considerarse una suerte de cláusula penal abusiva por

⁴³⁷ Consideran que la cláusula de anatocismo podría ser abusiva por imponer una indemnización desproporcionada a cargo del consumidor, MEDINA, op. cit., p. 37 y autores citados ib., n. 121.

⁴³⁸ Razonamiento que hace la SAP Alicante 10.6.2014, FJ 3º, aunque no se basa en ello para declarar nulo el pacto de anatocismo, pues consideró factible la sustitución del interés de demora y por tanto la cuestión no podía quedar resuelta con la declaración de abusividad de la cláusula de interés moratorio. Por su parte, la STS 23.12.2015, FJ 5º, e), afirma que *“no puede obviarse que el pacto de anatocismo no es autónomo, sino que tiene su virtualidad en la previa existencia de un pacto sobre los intereses moratorios. De tal manera que, declarada la nulidad de la estipulación principal, dicha declaración “arrastra” la validez de la estipulación accesoria, que no puede subsistir independientemente”*.

⁴³⁹ Junto a la naturaleza indemnizatoria de los intereses anatocísticos, que evidentemente es el fundamento del anatocismo legal que pretende compensar al acreedor el perjuicio sufrido por la indisponibilidad de los intereses a que tiene derecho, la cláusula de capitalización puede revestir carácter sancionador en tanto su inclusión obedezca a desincentivar el incumplimiento, para lo cual habrá que atender al tipo pactado para capitalizar: cuanto más distancia haya con el tipo legal por retraso más difícil será distinguir un pacto de anatocismo de una cláusula penal (cfr. UREÑA MARTÍNEZ, M., “Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa”, en *RdP*, nº 12, 2004, documento online, www.ecri.eu, p. 25). Acerca del debate doctrinal sobre la naturaleza del anatocismo, vid. MEDINA, op. cit., pp. 12-14, así como UREÑA, op. cit., p. 24 y autores citados ib., notas 81 y 82.

imponer un resarcimiento que ya no sería netamente moratorio y por ende muy superior al perjuicio derivado del retraso en el pago de los intereses debidos⁴⁴⁰.

Por último, con independencia de los razonamientos previamente expuestos – más fuertes que el que a continuación se plantea –, sería incluso discutible la propia introducción del pacto anatocístico en préstamos bancarios a consumidores, habida cuenta de la naturaleza mercantil de tal contratación, efectuada notoriamente mediante condiciones generales, pues estaríamos ante el caso del anatocismo que en nuestro ordenamiento requiere de expreso acuerdo entre las partes (artículo 317 CdC) y ante una estipulación predispuesta e impuesta –ausencia de negociación presumida jurisprudencialmente en el sector bancario⁴⁴¹– con un contenido, que no acuerdo, propio de las situaciones que producen un desequilibrio contrario a la buena fe y perjudicial para el prestatario consumidor⁴⁴².

4.4.4. Vencimiento anticipado del préstamo hipotecario

Resulta complicado encontrar un contrato de préstamo hipotecario que no contemple la facultad de la entidad financiera de darlo por vencido anticipadamente si concurren circunstancias predeterminadas por aquella. Aunque en puridad no estemos ante una condición resolutoria, sino ante la posibilidad de exigir la recuperación del total préstamo con sus intereses sin necesidad de esperar a que se cumplan los plazos convenidos, a efectos prácticos la cláusula de vencimiento anticipado supone un medio para facilitar la resolución contractual, pues la gran dificultad de hacer frente al íntegro

⁴⁴⁰ Se trataría de una agravación de responsabilidad del deudor –pues a la genuina indemnización de daños se acumula ese plus, pena *stricto sensu*– que opera por imposición, desplazando así la regla que para la excepcional pena cumulativa exige el art. 1153 *in fine* CC. Curiosamente, para exigir esta especie de cláusula penal, el art. 1148.II PMCC pone como requisito la culpa del deudor en el incumplimiento: vid. ARANA DE LA FUENTE, op. cit., p. 7.

⁴⁴¹ STS 22.4.2015, FJ 3º, pto. 3, y STS 29.4.2015, FJ 7º, ptos. 4 y 5.

⁴⁴² Razones que llevaron a la SAP Alicante 10.6.2014, FJ 4º, a declarar la nulidad del pacto de anatocismo en préstamo hipotecario a consumidor. En un caso de préstamo personal, la SAP Salamanca 19.6.2015 cita aquella en FJ 7º como ejemplo de resolución que sigue la postura de que la cláusula de capitalización no debería incluirse en préstamos B2C con condicionado general, al entender que el pacto de anatocismo no negociado individualmente ha de considerarse nulo por perjudicar al consumidor; mas reconociendo que dista de ser una cuestión pacífica, sostiene que “*dependerá mucho de la forma en que aparezca redactada en el contrato, de la información proporcionada por el financiador al consumidor antes de la celebración del contrato, y de si el interés resultante del pacto supone una indemnización desproporcionadamente alto para el consumidor que no cumple sus obligaciones en relación con el interés remuneratorio pactado en el contrato*”, para terminar declarando nula por abusiva la cláusula de anatocismo por dar lugar a un interés que excede del límite fijado por STS 22.4.2015, que como ya vimos es de dos puntos sobre el remuneratorio pactado en préstamo personal.

e inmediato pago por parte del prestatario conducirá casi irremediabilmente a que la entidad prestamista resuelva el contrato⁴⁴³.

Enmarcada dicha cláusula en un contexto de contratación mediante condiciones generales y prestatario consumidor, analizaremos su eventual abusividad atendiendo a las causas establecidas por la entidad financiera para poder anticipar el vencimiento. Distinguiremos así dos grupos: i) por incumplimiento de obligaciones económicas, diferenciando a su vez entre la principal a cargo del prestatario, cual es el pago de las cuotas –amortización e intereses remuneratorios– del préstamo, y las accesorias, como el pago de primas de seguros a cuya contratación y mantenimiento por el prestatario se vincula el préstamo; ii) por otras circunstancias que guardan relación con el patrimonio acreditado, la inscripción registral de la garantía real, y la prohibición de realizar ciertos actos dispositivos sobre el bien hipotecado.

A) Por impago de términos amortizativos y primas de seguros

A.I) La estipulada facultad de anticipar el vencimiento por incumplimiento del prestatario: criterios jurisprudenciales (nacional y comunitario) sobre su licitud y traslación a la tipología objeto de análisis

Aunque el Tribunal Supremo abogó inicialmente por la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y normas de Derecho común⁴⁴⁴, esta postura maximalista fue cegada por una línea doctrinal ulterior que, atendiendo a los usos comerciales y la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria, vino a sostener la validez de tales estipulaciones, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)⁴⁴⁵

⁴⁴³ TORRES, op. cit., p. 248 y autores ib. citados.

⁴⁴⁴ Afirmó la STS 27.3.1999, FJ 5º, que “la mal denominada condición resolutoria del préstamo” constituía un pacto contrario a las leyes y por tanto nulo ex art. 6 CC. Entendió el TS que el pacto de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario se opone frontalmente a los arts. 127 LH, que preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales, y 135 LH, que en su redacción anterior a la entrada en vigor de la LEC 1/2000 (cuya DF 9.10 modificó su dicción original) obligaba al rematante a respetar la hipoteca siempre que quedaran por vencer otros plazos de la obligación –previsión que desde el año 2000 se encuentra en art. 693.1 *in fine* LEC–, hasta el punto de llegar a afirmar que si se considerara que ese pacto cumple una finalidad lícita “*debieran derogarse los preceptos del Código Civil que contradicen las anticipaciones resolutorias y los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria y los preceptos concordantes*”. Y es que, razona dicha sentencia (FJ 7º), tampoco el CC da margen para que opere la cláusula de vencimiento anticipado, pues según el art. 1125 CC las obligaciones a término solo son exigibles cuando el día llegue, y las excepciones a esta regla contenidas en el art. 1129 CC establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente cuando la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre en los préstamos con hipoteca.

⁴⁴⁵ Por tanto para el TS el pacto de vencimiento anticipado no contravendría en abstracto las normas legales –a diferencia de lo sostenido previamente–, mas el argumento es insuficiente para sostener su

cuando concurra justa causa para ello, esto es, cuando exista una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, lo cual no obstaría para que pudiera proclamarse el ejercicio abusivo de este tipo de cláusulas en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario⁴⁴⁶.

El criterio jurisprudencial de relevancia del incumplimiento respecto a la licitud de las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario implica valorar: i) si las mismas gozan de la necesaria concreción, pues de lo contrario facultarían al prestamista para precipitar el vencimiento ante cualquier incumplimiento, aunque este fuese intrascendente o accesorio la obligación incumplida, quedando así la suerte del contrato a merced de la entidad financiera, con manifiesto desequilibrio para el consumidor prestatario aun cuando se le reconociera una facultad de amortización anticipada⁴⁴⁷; ii) si resulta esencial la obligación cuyo incumplimiento se prevé como habilitante para dar por vencido el préstamo, pues sin desconocer la muy restringida posibilidad de incluir deberes accesorios con carácter de interdependencia en una relación contractual por adhesión⁴⁴⁸, solo la desatención de obligaciones estrictamente principales permitiría considerar un incumplimiento relevante a estos efectos⁴⁴⁹; iii) si

validez, pues como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. ("Análisis de la STS de 16 de diciembre de 2009", en *Estudios de los ponentes del meeting "Nuevos retos del Derecho de Consumo: prácticas comerciales desleales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria"*, Cuenca, 26 y 27 octubre 2010, www.uclm.es/centro/cesco, documento online, p. 30), "precisamente en el ámbito de la protección de los consumidores el propio concepto de abusividad del actual art. 82.1 TR juega en un terreno distinto, o, al menos, a modo de círculo concéntrico y mucho más amplio que el de norma imperativa prohibitiva. No ser contraria a norma imperativa es exactamente el punto de partida del juicio sobre el posible desequilibrio importante en contra de la buena fe".

⁴⁴⁶ STS 4.6.2008, FJ 4º, restando valor a lo dicho por la STS 27.3.1999 (citada en la nota previa) en cuanto valoración *obiter dicta* y tratarse de un supuesto "en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista", y recordando que dicho pronunciamiento no fue seguido por posteriores SSTs, recordatorio que igualmente hizo la STS 16.12.2009, FJ 10º (vid. resoluciones citadas ib. como apoyo de esta línea jurisprudencial).

⁴⁴⁷ Así lo entendió la STS 16.12.2009, FJ 20º, respecto a la cláusula de "resolución" (*rectius*, vencimiento) anticipada por incumplimiento *genérico* del prestatario, sin dar pábulo al argumento de la prestataria de que la previsión de amortización anticipada equilibraría la "correlativa" de vencimiento anticipado.

⁴⁴⁸ Como explica TORRES, op. cit., pp. 248 y 249, aunque cabe que determinadas prestaciones accesorias se incorporen en una relación contractual con carácter recíproco, cuyo incumplimiento sí podría ocasionar la resolución por formar parte de la propia relación obligatoria, en la contratación con condiciones generales no hay previa negociación que permita deducir si fue esa la voluntad de las partes, lo cual reduce aquí la posibilidad de incluir en el sinalagma prestaciones secundarias con tal carácter.

⁴⁴⁹ Vid. i.a. SSTs 4.6.2008 (FJ 4º), 16.12.2009 (FFJJ 10º y 20º), y 17.2.2011 (FJ 3º). No puede ser el prestamista quien decida sobre el carácter esencial o no de la obligación incumplida, porque sería tanto como dejar a su arbitrio la entidad del incumplimiento habilitante del vencimiento anticipado.

el incumplimiento mismo, presupuesto que sea de una obligación principal y por ende potencialmente trascendente, reviste una entidad tal que pueda entenderse tributario de tan graves consecuencias para el prestatario, cuales son la ejecución de la garantía y consiguiente pérdida del bien hipotecado.

Esta última cuestión es sin duda la más espinosa. Atendiendo a la doctrina del Alto Tribunal antes expuesta, que identifica el legítimo ejercicio de la facultad de anticipar el vencimiento con la existencia de una *verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial*, parecería lógico traer a colación la jurisprudencia del TS sobre la disciplina general de la resolución por incumplimiento⁴⁵⁰ y en consecuencia entender que aquel ejercicio solo podría ampararse en una contravención obligacional de tal gravedad que suponga la frustración del interés del prestamista en el contrato. Ello implicaría valorar el grado de desfase con lo nuclearmente comprometido⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Para BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, 2004, p. 50, deberían considerarse abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado que se aparten de los supuestos legales *ex art.* 1129 CC o de los criterios jurisprudenciales elaborados en torno al art. 1124 CC. Añadimos que la PMCC apuesta por positivizar el núcleo de dichos criterios en su art. 1199, al disponer que “*cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse esencial*”, pero también prevé el art. 1200.II PMCC una novedosa figura en sede de resolución por incumplimiento, cual es la posibilidad de resolver cuando exista un *riesgo patente* de incumplimiento esencial, pretendiendo así introducir en nuestro ordenamiento el *anticipatory breach* del *Commom Law* (presente en la *lex mercatoria* internacional, al respecto vid. AZEREDO DA SILVEIRA, M., “Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en *NJCL*, 2/2005, pp. 1-51; SAIDOV, D., “Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles”, en *Unif. L. Rev.*, vol. 11, 4/2006, pp. 795-822), denominado entre nosotros como “incumplimiento previsible o anticipado”, que, como explica GARCÍA PÉREZ, R.M. (“Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho Privado Europeo”, en ALBIEZ DOHRMANN, K.J. [dir.], *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, p. 363) permite al acreedor instar ciertos remedios cuando con anterioridad a la fecha de cumplimiento concurren circunstancias que impiden o pueden impedir alcanzar, llegado el vencimiento, el propósito perseguido con el establecimiento de la relación obligatoria. En el caso del art. 1200.II PMCC, se posibilita resolver, no por existir un incumplimiento esencial (regla del art. 1199 PMCC y de la jurisprudencia que interpreta el actual art. 1124 CC), sino por su previsible existencia futura y la falta de prestación de garantía adecuada por parte del deudor en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto, fijación de plazo que, según reza el pfo. III de aquel precepto, es innecesaria si el deudor declara que no cumplirá sus obligaciones.

⁴⁵¹ Valoración que se haría atendiendo al incumplimiento producido. Con otro enfoque, MORALES MORENO, A.M., “El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por falta de pago”, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Cizur Menor, 2014, vol. II, pp. 1957-1993, entiende lícito el vencimiento anticipado si es altamente probable que el deudor, tras incumplir algunos plazos, continúe incumpliendo los futuros, al menos en un número que constituya incumplimiento esencial; postura que si ya de por sí es discutible (siquiera por peligrosa la deducción a futuro), se basa en que la figura del “incumplimiento previsible” – vid. nota previa– forma ya parte de nuestro Derecho, lo cual sostiene MORALES a la vista de su admisión por ciertas sentencias del TS y estar recogida por la CISG (art. 73.2) para la venta con entregas sucesivas.

En este sentido, es evidente que si el prestatario incumpliera obligaciones accesorias, por muy notable que fuere la divergencia –aun en caso de incumplimiento total de la concreta obligación secundaria–, no podría hablarse de frustración del negocio para la entidad prestamista ni por ende justificar un adelanto del vencimiento en base a tal incumplimiento, ya que su sanción sería desproporcionada, calificación que también debiera merecer el vencimiento del préstamo por incumplimiento de obligación principal cuando el desfase acontecido fuese mínimo⁴⁵², atendiendo al tiempo y cuantía globales de la operación.

Así, si nos centramos en las obligaciones económicas –las no pecuniarias son por naturaleza accesorias en el préstamo dinerario– estipuladas a cargo del prestatario, solo respecto de las que revistieran carácter nuclear (del que carecería, por ejemplo, el pago de comisiones, intereses moratorios o primas de seguros vinculados al préstamo concertado) cabría plantearse la determinación de la importancia en su incumplimiento a los efectos comentados. *Siendo la obligación esencial del prestatario la devolución del préstamo, a efectuar mediante el pago de los términos amortizativos* –que comprenden cuotas de amortización y de intereses remuneratorios– *estipulados*⁴⁵³, dicha determinación habría de hacerse atendiendo a cuántos resultan impagados o a cuánto ascienden estos en el total del sistema de amortización previsto; empero, prescindió de tales consideraciones el Tribunal Supremo cuando en su sentencia de 16.12.2009 rechazó la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por impago de una sola cuota⁴⁵⁴, y lo cierto es que los prestamistas venían fijándose en el art. 693.2 LEC (en su redacción previa a la Ley 1/2013) para introducir, como válidas –interpretando a su favor un virtual cauce procesal como si de una norma sustantiva se tratara–, cláusulas de ese tenor, en tanto que les permitía acudir a la vía ejecutiva hipotecaria para reclamar la totalidad de

⁴⁵² A favor, TORRES, op. cit., p. 250 con cita a ARIJA SOUTULLO; en contra, autores ib. citados.

⁴⁵³ Como vimos *supra* (epígrafes 4.4.2.A y B), términos amortizativos son cada uno de los pagos periódicos que realiza el prestatario para ir cancelando la deuda con sus intereses *si se hubieran pactado*, pues en el préstamo el precio tiene por naturaleza carácter accesorio, salvo que se pacte el pago de intereses como forma de remuneración, en cuyo caso un elemento no esencial del tipo de contrato en abstracto (el precio en el préstamo) puede pasar a formar parte del objeto principal del concreto contrato.

⁴⁵⁴ Con el mero argumento de que no conculcaba la doctrina jurisprudencial sobre la licitud de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos “*cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo*” (STS 16.12.2009, FJ 10º); esto es, basándose solo en que la obligación incumplida era esencial, no en la esencialidad del incumplimiento como verdadera dejación de dicha obligación, argumento débil y contradictorio con la propia doctrina citada. Para una crítica al respecto, vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit. 2010, pp. 27-29; DELGADO RAMOS, J., “La reforma del artículo 693 LEC por la Ley 1/2013”, en *www.notariosyregistradores.com*, enero 2014, documento online, pp. 7-8.

capital e intereses de pactarse el vencimiento total ante la falta de pago “*de alguno de los plazos*” y constar inscrito tal convenio en el Registro.

Cabe sostener sin embargo la corrección de nuestro planteamiento a la vista de la jurisprudencia comunitaria. Al respecto, el Tribunal de Justicia proporcionó en la *St. Aziz* –apdo. 73– criterios para decidir sobre la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado “en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo por incumplimientos del deudor en un período muy limitado y concreto” –segunda cuestión prejudicial, en contexto de préstamo hipotecario a consumidores–, debiendo a tal efecto comprobarse, por un lado, si la estipulada facultad de anticipar el vencimiento: i) depende de que se incumpla una obligación esencial en el marco de la relación contractual; ii) se prevé para cuando el incumplimiento sea suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo; iii) constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia; por otro lado, si hay en el Derecho nacional medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Aplicando tales criterios, reiterados por el TJ en *Auto Banco Popular Español y Banco de Valencia* –apdo. 71– en conexión con el art. 3.1 de la Dir. 93/13 y letra e) del pto. 1 de su Anexo (cuyos trasuntos nacionales son los arts. 82.1 y 85.6 TRLCU), resulta que para la validez de la estipulada facultad de vencimiento anticipado de deudas a plazos, y concretamente del préstamo hipotecario, no bastaría con el mero impago de cuotas periódicas, pues aunque satisfacerlas es obligación esencial del prestatario, dicha facultad *desplaza la normativa ordinaria aplicable a las obligaciones a plazo* (arts. 1125 y 1129 CC)⁴⁵⁵; además, *la posibilidad de dejar sin efecto el vencimiento anticipado queda a voluntad del acreedor* salvo en caso de hipoteca que grave la vivienda habitual –familiar en terminología previa a la Ley 1/2013– del deudor del préstamo (art. 693.3, pfs. I y II, LEC)⁴⁵⁶, y aun en tal supuesto la opción de rehabilitarlo (vedada en su libre ejercicio al

⁴⁵⁵ Para tales obligaciones la regla es que solo podrán exigirse cuando llegue el día señalado para su cumplimiento (art. 1125.I CC), salvo que el deudor pierda el derecho a utilizar el plazo por supuestos de falta de garantía (excepciones a dicha regla contempladas en art. 1129 CC, entre las que no se encuentra el incumplimiento del deudor), que, como advirtió la *supra* citada STS 27.3.1999, no acontecen en los préstamos garantizados con hipoteca. Por tanto, aunque sea usual la inserción por las entidades crediticias de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de sus cuotas, la facultad de adelantar por ello el vencimiento es excepcional respecto a las normas aplicables en la materia.

⁴⁵⁶ La Abogada General KOKOTT, op. cit., 2012, pto. 78, puso de manifiesto, en orden a considerar qué posibilidades deja al consumidor el Derecho nacional para poner remedio a los efectos de un vencimiento total, la posibilidad que brinda el art. 693.3 LEC de rehabilitar el préstamo; mas no pareció caer en la cuenta de que ello solo cabe con carácter general si el acreedor lo consiente, como resulta de comparar los párrafos I y II de dicha norma, pues este último establece que “Si el bien hipotecado fuese la vivienda

consumidor que no resida de forma corriente en su vivienda hipotecada) es tan solo teórica si no se habilitan medios financieros a favor de los deudores⁴⁵⁷. Estos factores revelan el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, siendo pues necesario extremar la cautela en su enjuiciamiento, donde debe revisarse especialmente la esencialidad del incumplimiento en cuanto a la propia obligación incumplida, así como su gravedad respecto a la duración y cuantía del préstamo⁴⁵⁸.

Por tanto, la reclamación de todo el débito que se tiene por vencido anticipadamente vía cláusula predispuesta e impuesta al prestatario consumidor, no debería prosperar cuando se articulara en base a su desatención de un deber accesorio (en el grado que sea) o del principal cuyo desfase fuese nimio en relación con la cuantía del préstamo, tiempo de aplazamiento y número total de cuotas en que se fraccionase la amortización, porque el pacto en que se basara tal reclamación –que no se posibilita *ope legis*– sería entonces abusivo y por ende nulo.

Lo dicho no significa que se deba sufrir estoicamente el incumplimiento, pues aunque este no tuviese virtualidad para el precipitar el vencimiento y reclamación de toda la deuda, puede el prestamista reclamar lo parcialmente impagado –concretos plazos vencidos ordinariamente y no abonados– vía proceso declarativo, ejecutivo ordinario (bastaría que así se consignara en el título ejecutivo) e incluso repitiendo contra el bien hipotecado, opción esta última que, con subsistencia de la hipoteca en garantía de los restantes plazos no vencidos, reconocen la LH (art. 146, para intereses) y la LEC (art. 693.1, para capital e intereses). Podría alegarse entonces que el hecho de que no quepa articular la cláusula de vencimiento anticipado, en tanto que su ejercicio resulte abusivo, no elimina la posibilidad de perder el bien sobre el que recae la garantía real en una eventual ejecución parcial de la hipoteca, pero ese riesgo es más

habitual, el deudor podrá, *aun sin el consentimiento del acreedor*, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior” (cursivas nuestras). De hecho, esta circunstancia fue sometida posteriormente a consideración del TJ: vid. aptdo. 20.3) Auto *Banco Grupo Cajatres*.

⁴⁵⁷ De “ficción” habla al respecto BALLUGERA, “Los cambios tras la sentencia...”, op. cit., 2013.

⁴⁵⁸ Que son los criterios específicos proporcionados por el TJ para este tipo de cláusulas, a los que habría que añadir los generales apuntados por la jurisprudencia comunitaria –vid. *supra* epígrafe 2.3.2–, y en consecuencia debería atenderse a cualesquiera otros factores relevantes para examinar el *comportamiento del consumidor* durante el desarrollo del contrato en orden a comprobar la gravedad de su incumplimiento, pero sin perder de vista el contraste con la actuación del prestamista. En este sentido, se ha apuntado que la conducta de la entidad crediticia, ejerciendo presión e intimidación sobre el prestatario al incluir cláusulas de vencimiento por impago de cualquier cuota, podría considerarse un práctica abusiva incardinable en el art. 82.1 TRLCU (BALLUGERA, op. ult. cit.), y también que dichas cláusulas son susceptibles de provocar en el consumidor un indeseable efecto disuasorio por transmitir la impresión de privación o restricción de sus legítimos derechos (ZURILLA CARIÑANA, M.A., “Cláusulas hipotecarias abusivas”, en *SPCS*, Documento de trabajo nº 8/2010, pp. 11-12).

teórico que real, pues aun teniendo tal opción de reclamación limitada, en la práctica cotidiana no la toman las entidades crediticias por coste de oportunidad.

A.II) Ejecución hipotecaria e intereses futuros: cuestiones de abusividad en la reclamación asociada al vencimiento por impago de cuotas del préstamo

Es de lamentar que la actuación legislativa adoptada precisamente a raíz de la St. Aziz deje bastante que desear en el campo que comentamos. Con la Ley 1/2013 (art. 7.13) se retocó la norma procesal en que venían amparándose no pocos abusos en sede de ejecución hipotecaria: el art. 693 LEC; de manera que donde antes no se exigía un número de plazos impagados para reclamar la deuda, parcial (aptdo. 1) o totalmente (aptdo. 2), tras la reforma se requieren tres –mensuales o cuotas equivalentes– *sin hacer referencia alguna en la ejecución por vencimiento anticipado a cuantía o duración totales*. Sobre la posibilidad de rehabilitación (aptdo. 3), se reduce de cinco a tres años el tiempo de espera para liberar nuevamente el bien, pero *sigue sin reconocerse su libre ejercicio fuera del caso de vivienda habitual*, luego no pocos consumidores –lo son quienes adquieren una vivienda para sí, con independencia de la habitualidad en su residencia– siguen careciendo de un remedio eficaz para hacer frente al vencimiento anticipado, en tanto que el mecanismo establecido de cara a escapar de las consecuencias de su *estipulación* (*sin la que no cabe, como tampoco antes de la Ley 1/2013, ejecutar vía art. 693.2 LEC*⁴⁵⁹) depende del consentimiento del acreedor ejecutante.

Dado que el tenor del reformado art. 693.2 LEC permite la reclamación asociada al pacto de vencimiento anticipado atendiendo solo al número de términos impagados por el deudor, la omisión en tal precepto (continuada con la ulterior reforma del citado art. 693 operada por art. 28 Ley 19/2015, de 13 de julio) del criterio jurisprudencial comunitario referente a la gravedad del incumplimiento que precipita el vencimiento –factor específico de duración y cuantía del préstamo– o de cualquier otro significativo –factor general de las circunstancias concurrentes– podría contravenir el art. 7.1 Dir. 93/13⁴⁶⁰ en la medida en que dificultara la posibilidad de que el consumidor opusiera

⁴⁵⁹ A diferencia de la ejecución limitada por los concretos plazos vencidos ordinariamente *ex* art. 693.1 LEC –que tras la reforma acoge el criterio del original art. 127 LH: la posibilidad *ope legis* de su reclamación–, la ejecución por vencimiento anticipado requiere pacto expreso, tanto antes como después de la Ley 1/2013 (al respecto, vid. DELGADO RAMOS, op. cit., pp. 3 y 5), lo que se confirma con la ulterior reforma del art. 693 LEC operada por Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE nº 167, de 14.7.2015), que añadió al aptdo. 2 de dicho precepto la mención final de que tal convenio constase también “*en el asiento respectivo*”.

⁴⁶⁰ Habida cuenta de la naturaleza e importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Dir. 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su art. 7.1, en relación con su

algunos de los factores establecidos por el Tribunal de Justicia como determinantes del desequilibrio generado por la cláusula en contra de las exigencias de la buena fe.

Al respecto, *si se entendiera que el límite mínimo de tres mensualidades impagadas o equivalente en cuotas, introducido como condición para reclamar en sede de ejecución hipotecaria la totalidad de la deuda vencida anticipadamente por convenio, es la frontera que sin más parámetros separa licitud e inequidad de la cláusula de vencimiento anticipado, bastaría con que la estipulación previera ese límite*⁴⁶¹ *o que al mismo acomodara su actuación procesal el prestamista –aunque lo estipulado no respetase tal límite– para vedar la consideración de abusividad de este tipo de cláusulas en dicha sede.*

Con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas al respecto por Juzgados españoles (AJPI nº 2 Santander 19.11.2013, AJPII nº 1 Miranda del Ebro 17.2.2014 y AJPI nº 5 Alcobendas 24.4.2014), el Tribunal de Justicia por un lado ha señalado, en el contexto de reclamación anticipada de la totalidad de un préstamo hipotecario por la entidad crediticia que, aun teniendo pactado el adelanto de su vencimiento por impago de una parte cualquiera del capital o de sus intereses –al no prever al efecto un mínimo de plazos impagados–, no efectuara esa estipulada facultad sino que –para salvar el eventual reproche de abusividad– se limitara a dejar pasar el tiempo necesario para proceder vía art. 693.2 LEC; que a fin de garantizar el efecto disuasorio del art. 7 Dir. 93/13, las prerrogativas del juez que constata la existencia de abusividad no pueden quedar supeditadas a que el contenido abusivo llegue a traducirse en la práctica, luego la falta de aplicación de lo así estipulado no se opone a que el juez deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aptdos. 50 y 54). Por otro lado, preguntado el TJ por la

vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos B2C (SSTJ *Banco Español de Crédito*, aptdo. 68; *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 78; *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 30).

⁴⁶¹ Esto plantearía a su vez la cuestión de si en tal caso estaríamos antes una cláusula “declarativa”. Como tuvimos ocasión de analizar anteriormente, la Dir. 93/13 en principio excluye de su ámbito de aplicación las cláusulas que reproduzcan el contenido de normas legales –art. 1.2–, pero lo hace por presunción de que el Derecho nacional no contiene disposiciones abusivas, de ahí que excepcionalmente podría controlarse su abusividad (para más detalles vid. *supra* epígrafe 2.4.1.A). Con todo, el art. 693 LEC no sería una norma imperativa en sus propios términos que impidiera dicho control, sino que a lo sumo tendría un contenido imperativo solo respecto del límite mínimo que establece (en cuanto prohíbe la correspondiente ejecución hipotecaria hasta que no se haya producido el impago de al menos tres mensualidades), pero sin imponer la existencia de cláusulas de vencimiento anticipado ni impedir que se condicione este a un número superior de cuotas impagadas; reflexión que hizo el AJPII nº 1 Miranda del Ebro 17.2.2014, aptdo. 20, para señalar que el art. 1.2 Dir. 93/13 no debería constituir un obstáculo para la admisibilidad de la cuestión prejudicial que sobre esa cláusula planteó al Tribunal de Justicia, y de hecho no fue óbice para que este la resolviera por Auto *Banco Grupo Cajatres*, resolución a la que nos referiremos a continuación.

conformidad a la Dir. 93/13 de una valoración de abusividad ceñida a comprobar la prevista falta de pago de tres mensualidades, tal como pareciera abocar el art. 693.2 LEC, ha declarado que los arts. 3.1 y 4.1 de dicha Directiva no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un préstamo hipotecario B2C (Auto *Ibercaja Banco*, aptdo. 42, primer inciso). Y es que el mero hecho de que una cláusula de vencimiento anticipado se ajuste o no a los criterios establecidos para la aplicación del art. 693.2 LEC no permite por sí solo concluir su carácter abusivo, pues tal apreciación deberá hacerse –conforme ordena el art. 4.1 Dir. 93/13 y su trasunto *ex art.* 82.3 TRLCU– teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, todas las circunstancias concurrentes y las demás cláusulas de dicho contrato (Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aptdos. 51 y 52, y Auto *Banco Grupo Cajatres*, aptdos. 29 y 30).

Esto último implicaría que aunque se pactara el vencimiento del préstamo por impago de tres de sus plazos mensuales o equivalente en cuotas, sería insuficiente para eludir el examen de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues la jurisprudencia comunitaria obliga a atender al caso⁴⁶²: a si el período impagado supone una parte significativa del total en duración o cuantía –*St. Aziz y Auto Banco Popular Español y Banco de Valencia*–, y a cualquier otro elemento contextualizador –art. 4.1 Dir. 93/13, Autos *Bilbao Vizcaya Argentaria y Banco Grupo Cajatres*–, como por ejemplo si el bien hipotecado es vivienda del ejecutado, especialmente de ser la habitual que se adquirió con el préstamo hipotecario vencido por adelantado, habida cuenta de que en tal caso sería indudable la ilicitud del pacto que se suele anudar al de vencimiento, cual es el de *abonar intereses moratorios por las cuotas vencidas por anticipado*, pues el art. 114.III LH –en su redacción dada por art. 3.2 Ley 1/2013– impide tal devengo al establecer que los intereses moratorios de préstamos para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma “solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago”, lo cual ha de interpretarse en el sentido de que el interés moratorio puede aplicarse al principal que resultó impagado y propició el vencimiento anticipado, pero no sobre la totalidad de principal que así se obtenga⁴⁶³.

Y es que la nulidad del pacto de *intereses futuros* arrastraría consigo al de vencimiento anticipado si estuvieran en la misma cláusula (dada la prohibición de integración) o al menos, si se estipularan por separado, sería un factor valorativo del

⁴⁶² En este sentido, BALLUGERA, op. ult. cit.; DELGADO RAMOS, op. cit., p. 8.

⁴⁶³ AAP Álava 13.3.2014, FJ 4º.

carácter abusivo del pacto de vencimiento, pues como recuerda la jurisprudencia comunitaria, en su apreciación se ha de atender a las demás cláusulas del contrato. Téngase presente que la predispuesta facultad de devengar el interés moratorio pactado sin necesidad de esperar a que venzan los plazos en que se fracciona la amortización del préstamo, podría ser nula no solo por contravenir una norma imperativa –caso de vivienda habitual antes expuesto– sino también por ir preñada de abusividad en tanto que se estaría abonando una demora inexistente, pues no cumple tardíamente quien tiene que pagar la totalidad de una deuda que, de no haberse producido el vencimiento anticipado, ni siquiera sería exigible, por corresponder a mensualidades que aún no se habrían devengado.

En efecto, supondría una ilícita acumulación de sanciones, pues al vencimiento anticipado y correspondiente exigencia del capital pendiente de amortización –sanción que supone la pérdida del plazo– se sumaría la exigencia del interés de demora sobre la parte del capital no vencida, lo que contravendría la legislación protectora de los consumidores, por resultar un desequilibrio importante al imponer al consumidor que no cumple sus obligaciones una sanción desproporcionada, máxime si el vencimiento anticipado tiene lugar en los primeros momentos del contrato⁴⁶⁴.

Ya sea por permitir la reclamación de toda la deuda vencida anticipadamente por impago de plazos que en el global de los previstos en el préstamo sea insignificante en extensión periódica o cuantía, por permitirla con independencia de la fase de ejecución contractual en que acontezca el impago habilitante del vencimiento (inicial o avanzada y si hasta entonces se ha ido pagando regularmente) o de que el bien hipotecado sea la vivienda del consumidor que puede perderla –ante insuficiencia de medios financieros y, además, caso de que aquella no fuere habitual, depender la liberación del acreedor– en la correspondiente ejecución hipotecaria, e incluso por llevar aparejada la estipulada exigencia de intereses moratorios al tipo pactado sobre cuotas futuras –aún no devengadas al tiempo del período impagado *ergo* inexistente retraso en el abono de las mismas–; **la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado debiera suponer la improcedencia de la ejecución instada vía art. 693.2 LEC**, pues esta requiere pacto (constante en la escritura de constitución y respectivo asiento registral), que no habría al declararse nulo por abusivo.

Empero, la STS 23.12.2015 ha sentado una insólita doctrina (Pleno) que propicia la continuación del proceso de ejecución hipotecaria *a pesar de* dicha apreciación de

⁴⁶⁴ SAP León 15.4.1998, FJ 3º; STS 2.11.2000, FJ 3º; UREÑA, op. cit., p. 30; MÚRTULA, op. cit., p. 271.

abusividad. El TS, tras confirmar la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado –previsto ante el incumplimiento de un solo plazo– siguiendo los criterios interpretativos proporcionados por la jurisprudencia comunitaria⁴⁶⁵, veda sin embargo la lógica consecuencia (sobreseimiento por falta del pacto de vencimiento que permite despachar ejecución) al entender factible la prosecución del proceso ejecutivo, y ello en base a la aplicación supletoria del art. 693.2 LEC, esto es, la norma que exige un *válido* pacto de vencimiento para reclamar la totalidad por vía de ejecución hipotecaria. La argumentación dada por dicha sentencia es claramente insostenible y contraria a la prohibición de integración del clausulado abusivo que, para mayor atentado lógico, exceptiona tal resolución so pretexto de beneficiar a los consumidores.

Recordemos que la doctrina comunitaria solo admite la integración –por regla general prohibida tras la declaración de abusividad– cuando el contrato no pueda subsistir sin la cláusula reprobada y la consiguiente nulidad total perjudique al consumidor, permitiéndose entonces al juez integrar a condición de que exista una disposición nacional de aplicación supletoria. Estas son las premisas sentadas por la St. *Kásler y Káslerné Rábai*, y ninguna de ellas aquí se cumple⁴⁶⁶, siendo preciso que concurren todas para exceptuar la prohibición de integración. Irrefutable es que el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, tanto es así que la STS 23.12.2015 ni siquiera trata de argumentar lo contrario, simplemente lo obvia.

Sí intenta justificar el menoscabo que, a su juicio, sufriría el consumidor con la pura erradicación de dicha cláusula: considera el Alto Tribunal que el correspondiente sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria no favorece al consumidor, pues este cuenta con ventajas específicas en tal vía⁴⁶⁷, de las que carece si tuviera que acudir al procedimiento declarativo que eventualmente instase la entidad crediticia tras el

⁴⁶⁵ STS 23.12.2015, FJ 5º, aptdo. f), pto. 3 de la “Decisión de la Sala”: *“la cláusula controvertida no supera tales estándares [se refiere a los señalados por la St. Aziz, que cita en el previo pto. 2], pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación...parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”*.

⁴⁶⁶ Así lo entiende también ORDUÑA MORENO, autor del extenso voto particular a la STS 23.12.2015 donde discrepa de la posición mayoritaria de la Sala en este punto, entre otras razones, por la falta de concurrencia de los señalados requisitos comunitarios. Insiste en ello, propugnando la necesaria revisión de la doctrina jurisprudencial sobre la continuación del proceso ejecutivo tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, en “Condiciones generales, control de transparencia, integración contractual y cumplimiento o ejecución del contrato”, op. cit., 2016, pp. 136-152.

⁴⁶⁷ Señala la STS 23.12.2015, FJ 5º, aptdo. f), pto. 6 de la “Decisión de la Sala”, como “especiales ventajas” la

sobreseimiento del ejecutivo. Argumento que es de una extraordinaria gravedad, no solo por asentarse en una valoración hipotética, sino por soslayar que esa vía comporta el efecto más adverso posible para el consumidor, cual es pasar directamente al ámbito de la ejecución patrimonial, con las consecuencias añadidas a tal situación jurídica⁴⁶⁸, que en modo alguno pudiera compensarse –mucho menos preferirse a la posición y amplia defensa que brinda el declarativo, caso de que se instase– por la posibilidad de rehabilitación, opción cuyo eventual ejercicio, como ya advertimos, queda a voluntad del ejecutante salvo en supuesto de vivienda familiar y, en todo caso, depende de que se habiliten medios económicos al ejecutado para que no resulte una quimera.

Con tales mimbres, el mayor salto al vacío que hace la STS 23.12.2015 consiste en hacernos creer cual dogma de fe que la norma nacional aplicable en defecto de convención sobre el vencimiento anticipado sea el art. 693.2 LEC. Parece olvidar la sentencia que, precisamente, es la normativa ordinaria aplicable a las obligaciones a plazo *ex arts.* 1125 y 1129 CC, la que resulta desplazada por la convenida facultad de dar por vencida toda la deuda, que por regla solo sería exigible al llegar el término señalado para su satisfacción (art. 1125 CC) salvo pérdida del derecho a utilizar el plazo por supuestos de falta de garantía (art. 1129 CC), no por falta de puntual cumplimiento del deudor que, además, ha garantizado su obligación de pago con hipoteca. A falta de haberse convenido en el préstamo el vencimiento total en caso de falta de pago entraría en juego esa normativa, luego el acreedor no podría reclamar toda la deuda antes de plazo por vía ejecutiva sin una previa declaración judicial de resolución contractual tributaria del incumplimiento invocado, pronunciamiento que se le hurta al consumidor con la doctrina de dicha sentencia⁴⁶⁹ al entender aplicable una norma procesal que, lejos de ordenar nada (principal o supletoriamente), se limita a posibilitar esa reclamación privilegiada con el requisito *sine qua non* de que haya un pacto de vencimiento anticipado válido formal –recogido en escritura de constitución y Registro– y materialmente –contenido ajustado a las exigencias legales–, y esto último es de lo que carece la cláusula declarada abusiva, que no puede, por imperativo legal, vincular al consumidor.

Ese efecto vinculante es, precisamente, lo que, en contra del art. 6.1 Dir. 93/13 y jurisprudencia comunitaria que lo interpreta, garantiza la citada doctrina del TS, con la

opción de liberación del bien y rehabilitación del préstamo.

⁴⁶⁸ Por ello advierte el voto particular a la STS 23.12.2015 (Primero, pto. 3), que, se mire por donde se mire, la continuación del proceso ejecutivo opera en beneficio exclusivo, y excluyente, de la entidad bancaria.

⁴⁶⁹ Con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, como bien apunta el voto particular a la STS 23.12.2015 (Segundo, pto. 4).

cual no se verán disuadidas (más bien al contrario) las entidades crediticias de seguir usando cláusulas de vencimiento anticipado abusivas. En nuestra opinión, la doctrina de la STS 23.12.2015 referente a la continuación del ejecutivo hipotecario tras declararse abusivas dichas cláusulas, merece, mientras el Alto Tribunal no la revise voluntaria o forzosamente vía cuestionamiento prejudicial comunitario (también merecido), la misma insumisión que nuestros tribunales de instancia ya adoptaron en gran número frente a la doctrina *ex* STS 9.5.2013 limitativa de la retroactividad de la declaración de nulidad por abusividad (sobre esta cuestión vid. epígrafe 3.2.1.B).

A.III) Suscripción de seguros y *cross default*

Atendiendo a la jurisprudencia nacional y comunitaria es inadmisibles exigir el reembolso anticipado del préstamo por incumplimiento de cualquier obligación, pues resulta necesario que el vencimiento se produzca por un incumplimiento grave y concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes. En consecuencia no cabe promover la ejecución hipotecaria con base a tal previsión, máxime cuando la doctrina registral niega la inscripción conforme a dichos criterios⁴⁷⁰, inscripción en el Registro del pacto de vencimiento anticipado que, como ya hemos visto, se requiere procesalmente a tales efectos.

Con lo dicho se atisba el carácter abusivo de cláusulas que faculden a la entidad crediticia para dar por vencido el préstamo hipotecario por la falta de suscripción de un seguro –ordinariamente de amortización o de daños– impuesta al consumidor como condición necesaria para la concesión de tal préstamo, o por el impago de primas del seguro suscrito –por la misma entidad incluso–, ya que se trataría del incumplimiento de obligaciones (contratación y mantenimiento de seguros vinculados al préstamo) que no revisten carácter esencial en el marco de la relación contractual⁴⁷¹. Pero también cabría reprochar ese clausulado desde otra perspectiva: si fuese abusiva la obligada contratación de la póliza de seguro, su nulidad arrastraría indefectiblemente consigo a la estipulada facultad de vencimiento anticipado por falta de suscripción o, habiéndose

⁴⁷⁰ RDGRN 1.10.2010, FJ 3º, doctrina que, basándose en la interpretación del art. 12 LH según redacción dada por la ya citada Ley 41/2007, es reiterada en Resoluciones de 4.11.2010, FJ 3º; 21.12.2010, FJ 3º; 11.1.2011, FJ 3º; y 13.9.2013, FJ 3º. Sobre el cambio de postura del Centro Directivo operado con aquella primera resolución, vid. ÁLVAREZ OLALLA, M.P., “Calificación del Registrador respecto a las cláusulas del préstamo hipotecario. Cobertura de intereses remuneratorios en hipoteca inversa y cláusulas de vencimiento anticipado”, en AC-M, nº 1/2011, versión electrónica, BIB 2011\387.

⁴⁷¹ Pone también el acento en su carácter accesorio, *ergo* irrelevante su incumplimiento a efectos de precipitar el vencimiento anticipado, MÚRTULA, op. cit., p. 241.

suscrito, por falta de pago de las correspondientes primas; máxime si se tratara de previsiones –contratación/mantenimiento del seguro y *cross default*– contenidas en la misma cláusula, habida cuenta de la prohibición de integrar la nula por abusiva.

Por tanto, analizaremos a tal efecto la posible abusividad de la muy extendida práctica de las entidades crediticias, consistente en la imposición a los consumidores de suscribir pólizas de seguros como requisito *sine qua non* para concederles financiación con garantía hipotecaria, y la relación que guarda con la cláusula *cross default*, según la cual se produce el vencimiento anticipado de la obligación por incumplimiento de otras contraídas con terceros, “vencimiento cruzado” que en el caso que nos ocupa se identificaría con el impago del seguro –contrato externo al préstamo, suscrito con un tercero a este–, que se entendería así incumplimiento de la obligación garantizada susceptible de exigir la anticipación del vencimiento del crédito y consiguiente pago total de la deuda. Así, trataremos en primer lugar la imposición de pólizas, abstracción hecha de la concreta modalidad de seguro, para después entrar en las especialidades que encierran sus variantes en orden a la consideración de abusividad.

Si partimos de que el seguro cuya suscripción se impone cubre el riesgo de una eventual pérdida/merma del bien objeto de garantía hipotecaria (seguro de daños), o el riesgo de que el deudor hipotecario fallezca o caiga en situación de invalidez (seguro de amortización del préstamo); el carácter abusivo de dicha imposición –estipulada o práctica– podría venir dado por acontecer una *duplicidad de garantías*, pues cuando el consumidor ya ha otorgado garantía real para asegurar el cumplimiento de la obligación, la suscripción adicional de un seguro protege al prestamista frente a una eventual insatisfacción de la que en puridad ya se encuentra respaldado⁴⁷², pudiendo verse así una impuesta garantía desproporcionada del art. 88.1 TRLCU, o, con abstracción de su posible desproporción, una imposición de servicios accesorios no solicitados *ex art.* 89.4 TRLCU, máxime cuando la aseguradora y la entidad crediticia pertenezcan al mismo grupo empresarial o exista entre ellas un vínculo comercial⁴⁷³, subyaciendo entonces una venta cruzada de productos financieros y aseguradores con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario⁴⁷⁴.

⁴⁷² SÁNCHEZ ARISTI, R., “DA 1ª. IV. 18ª LGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, p. 1116.

⁴⁷³ SÁNCHEZ ARISTI, op. cit., 1115; MÚRTULA, op. cit., p. 240, y autores citados ib. n. 363.

⁴⁷⁴ BUSTO LAGO, J.M., “Banca. Productos financieros, medios de pago bancarios y garantías hipotecarias”, en BUSTO LAGO, J.M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, p. 1282, señalando que cuando la aseguradora es elegida por la entidad

En cuanto al seguro de daños sobre el inmueble hipotecado, no existe obligación legal de contratarlo –a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el ámbito de la hipoteca mobiliaria⁴⁷⁵–, por lo menos para el prestatario, pues las entidades crediticias que pretendan titularizar sus préstamos hipotecarios solo podrán poner en circulación los títulos emitidos para financiarse en el llamado mercado hipotecario si los bienes hipotecados están asegurados contra daños (art. 8 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario). Por tanto, aunque *a priori* pudiera pensarse que la razón por la cual imponen a sus clientes la suscripción de tal seguro –o en su defecto, arrogándose la facultad de contratarlo en su nombre– es evitar la pérdida o menoscabo de la garantía real por deterioro del bien objeto de la misma, generalmente se trata de una suscripción instrumental: posibilita titularizar el préstamo a costa del consumidor prestatario⁴⁷⁶, titularización con la que se consigue rentabilizarlo de forma inmediata. Tal instrumentalización destila afrenta a las exigencias de la buena fe, porque razonablemente no podría estimar la entidad crediticia que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría dicha suscripción en el marco de una negociación individual⁴⁷⁷.

Téngase además presente que el seguro impuesto no suele cubrir solo daños al inmueble (continente) sino también a su contenido –extensión propia de los seguros multirriesgo de hogar–, que lógicamente queda fuera de la garantía hipotecaria. Este aseguramiento, no solicitado y totalmente accesorio al préstamo, sería subsumible en el supuesto del art. 89.4 TRLCU e incluso, de entenderse que la mayor prima que supone acarrea un incremento no justificado del préstamo, en el del art. 89.5 TRLCU⁴⁷⁸, pudiendo también verse como un seguro excesivo o desproporcionado al riesgo que asume la entidad prestamista, encuadrable en el art. 88.1 TRLCU⁴⁷⁹.

Respecto al seguro de amortización, es práctica recurrente que la concesión de préstamos hipotecarios se condicione a que, o bien el prestatario suscriba por sí una

financiera, se impide al consumidor realizar una comparación de los productos del tipo requerido en el mercado asegurador y, con ello la elección del que resulte ser, por precio o características, más adecuado.

⁴⁷⁵ Donde el art. 36 Ley de 16.12.1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, establece que “*Los vehículos hipotecados deberán ser asegurados contra los riesgos de robo, hurto, extravío, sustracción o menoscabo, por una cantidad igual o superior al importe total de la responsabilidad hipotecaria*”.

⁴⁷⁶ Que, como bien señala BUSTO, op. ult. cit., p. 1287, es completamente ajeno a la emisión de los productos que se ponen en dicho mercado hipotecario, siendo el aseguramiento de los bienes hipotecados obligación exclusiva de las entidades crediticias que emiten los títulos como medio de financiación propia.

⁴⁷⁷ Seguimos el criterio expresado por el TJ en St. Aziz, aptdo. 69, y Auto Sebestyén, aptdo. 28.

⁴⁷⁸ Así lo entiende MÚRTULA, op. cit., p. 238 con cita (n. 359) a PERTÍÑEZ, op. cit., 2004, pp. 177-178.

⁴⁷⁹ BUSTO, op. ult. cit., p. 1287, con referencia al anterior ordinal 18 de la DA 1ª LCU; MÚRTULA, op. cit., p. 238, lo sitúa en la previsión más general del art. 82.4.d) TRLCU.

póliza de vida que cubra su eventual premoriencia o invalidez a fin de que en tal caso sea la compañía aseguradora quien asuma el pago del capital pendiente de amortizar, o bien la entidad crediticia gestione tal cobertura, siendo habitual la fórmula de seguro colectivo donde se designa a sí misma como beneficiaria, con una compañía a la que está negocial o societariamente vinculada, de suerte que a su interés en la garantía⁴⁸⁰ aparece unido con frecuencia el de aumentar el volumen de negocio común de ambas entidades mediante la concertación de seguros y el pago de primas por los prestatarios asegurados⁴⁸¹.

Con independencia de que el tomador del seguro sea la entidad prestamista o el prestatario, este último viene obligado a pagar las primas –como tomador y asegurado o solo ostentando esta última condición, con mantenimiento del seguro contratado– en beneficio de aquella, pues para ella se genera un crédito con el que liquidar el préstamo cuyo capital restase amortizar al acontecer el siniestro, y ello a pesar de la garantía real que sirve precisamente para responder del crédito principal; se agrega así un elemento adicional de seguridad contrastable con el art. 88.1 TRLCU. Es más, aun cuando se entendiera lícito⁴⁸², podríamos estar ante una práctica abusiva si la entidad crediticia, antes de ejercitar la acción basada en el préstamo, no intentara previamente realizar ese segundo crédito –reclamando al seguro en tanto que beneficiaria del mismo–, habida cuenta de que es difícilmente compaginable con la buena fe que, producida la muerte o invalidez del prestatario asegurado, la misma entidad que en su momento condicionó

⁴⁸⁰ La designación de la propia entidad prestamista como beneficiaria del seguro responde a garantizar el riesgo de que el préstamo resulte fallido por muerte o invalidez del prestatario, de ahí que señale la SAP Gerona 9.2.2012, FJ 2º, que para dicha entidad este seguro tiene una función más parecida a una garantía (“cláusula de garantía” lo denomina la STS 19.2.2004, FJ 4º) o a un seguro de crédito que a un seguro de vida propiamente dicho.

⁴⁸¹ Según la STS 30.11.2001, FJ 2º, evidencia tal conexión la fórmula escogida, un “seguro colectivo de vida para amortización de préstamos hipotecarios” en que el banco prestamista era no solo tomador sino también *primer beneficiario*. Al respecto téngase presente que existen dos tipos de seguros de amortización: aquellos en que el importe a pagar en caso de siniestro coincide con lo que quede por amortizar, de modo que dicho importe varía conforme se amortiza el préstamo, y aquellos en que permanece inalterable, en cuyo caso la aseguradora abonará la suma pendiente de amortizar a la entidad prestamista y el resto a las demás personas que recen como beneficiarias.

⁴⁸² Por considerar que la desproporción consistente en agregar ese elemento resulta reequilibrada desde el momento en que también el consumidor tenga un claro interés contractual en la contratación del seguro, hipótesis que apunta SÁNCHEZ ARISTI, op. cit., p. 1118. Ante ello cabría decir que, aun cuando en abstracto pudiera entenderse que el pago de la indemnización por la aseguradora a la entidad crediticia beneficiaria favorece al asegurado (o a su familia) al cancelar su deuda, no ha de perderse de vista que la suscripción del seguro se habría producido aquí sin negociación singular –vedándose pues la libertad de decidir sobre su conveniencia o los términos en que se suscribe– y que, como veremos a continuación, no siempre el inválido o la familia del fallecido quedan a salvo de una reclamación de la entidad prestamista, pues no siempre esta última agota frente a la aseguradora las posibilidades de cobro del capital del seguro, hecho que encontraría su explicación en salir el dinero de la indemnización del mismo grupo empresarial.

la concesión del préstamo a tal seguro pueda luego optar libremente por exigir el pago del capital pendiente ya al cónyuge viudo o al propio inválido, ya a la compañía aseguradora, opción tanto menos justificable cuanto mayor fuese la vinculación empresarial entre ambas, al tiempo que práctica explicable por la búsqueda, como interés primordial, de un aumento de volumen de negocio sin atender debidamente al interés jurídicamente protegible de los asegurados⁴⁸³.

A todo ello hay que añadir lo frecuente que es la inclusión, con igual ausencia de negociación, de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de prima del correspondiente seguro. Como dijimos al inicio, si fuese nula por abusiva la imposición del seguro, misma suerte correría la estipulada facultad de dar por vencido el préstamo ante la falta de mantenimiento de aquel, con independencia de que dicha facultad pueda resultar de por sí desproporcionada⁴⁸⁴. Y es que téngase presente que, siendo indudable la admisibilidad de un vencimiento cruzado en la contratación negociada, en un contrato por adhesión no parece leal ni equitativo que, estando la deuda garantizada con hipoteca, se la haga vencer anticipadamente ante el incumplimiento de obligaciones ajenas a ella y a la obligación garantizada, pues ello supone en definitiva dejar la resolución del contrato al arbitrio de una de las partes con claro desequilibrio en perjuicio del consumidor prestatario⁴⁸⁵.

B) Por no inscripción registral de la hipoteca, actos de disposición sobre el bien objeto de garantía y alteraciones en el patrimonio acreditado

Que la garantía real no llegue a inscribirse en el Registro no veda la posibilidad de reclamar judicialmente el capital prestado; implica que la entidad prestamista se viera eventualmente abocada a recuperarlo por vía distinta a la ejecución hipotecaria. Y si bien es cierto que la hipoteca, como garantía de devolución del préstamo, puede ser condicionante de la concesión de este, no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de su falta de inscripción, lo que impide que se penalice a aquel imponiéndole una cláusula que faculte a dicha entidad para precipitar el vencimiento del préstamo ante la denegación registral por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente, sin tener en cuenta que es carga o diligencia de la prestamista hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir el préstamo. Se

⁴⁸³ STS 30.11.2001, FJ 4º.

⁴⁸⁴ Así la califica SÁNCHEZ ARISTI, op. cit., p. 1118, señalando que cuestión distinta es que, con carácter general, el consumidor prestatario se exponga a perder su derecho al plazo, no ya como resultado de dicha cláusula, sino por aplicación de lo dispuesto en el art. 1129 CC.

⁴⁸⁵ BALLUGERA, op. ult. cit.; MÚRTULA, op. cit., p. 241.

deduce así de tal estipulación que la entidad crediticia no respondería en ningún caso, ni siquiera cuando el error derivara de la actuación de sus agentes, lo cual es desproporcionado y, por ende, abusiva dicha cláusula⁴⁸⁶.

Es más, tampoco podría defenderse, con independencia de dicha cláusula, la procedencia del vencimiento anticipado bajo el entendimiento de que la falta de inscripción no es imputable a ninguna de las partes, esto es, que el prestatario perdería el derecho al plazo por previsión del art. 1129.3º CC (desaparición de garantía por caso fortuito). En primer lugar, porque la realidad cotidiana pone de manifiesto que, por la cuenta que les tiene, son las entidades crediticias –en puridad su personal– quienes hacen las verificaciones oportunas y controlan todo el proceso de inscripción de la hipoteca, tanto es así que suelen cargar al cliente los gastos de tramitación; luego tal disposición no sería aplicable al supuesto de una reipersecutoriedad frustrada por falta de inscripción que la perjudicada pudo prever y para resarcir un daño que también pudo evitar⁴⁸⁷. En segundo lugar, porque aun en el hipotético caso de que no se inscribiese la garantía hipotecaria a pesar de la diligencia de la entidad prestamista, ello no ampararía sin más un vencimiento anticipado, pues la citada norma contempla *in fine* la conservación del beneficio al plazo si la garantía fuese sustituida por otra igualmente segura; luego si dicha entidad tuviera por vencido el préstamo sin dar al prestatario consumidor esa oportunidad, estaríamos ante una práctica o estipulación abusiva en tanto que se le impondría de facto una limitación o renuncia de derechos, encuadrable en el art. 86.7 TRLCU.

En cuanto a las cláusulas que facultan a la entidad prestamista para adelantar el vencimiento por infracción de prohibiciones de disponer, también predispuestas e impuestas, de ordinario en la misma cláusula que prevé dicha facultad (la misma suerte corren pues de declararse la nulidad de una u otra previsión); el Tribunal Supremo ha rechazado la validez de las estipulaciones que estableciesen la absoluta prohibición de arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH)⁴⁸⁸, lo

⁴⁸⁶ STS 16.12.2009, FJ 21º.

⁴⁸⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, op, cit. 2010, p. 33.

⁴⁸⁸ STS 16.12.2009, FJ 12º, señalando que la cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca, aparte de la sujeción a lo dispuesto en los arts. 661, 675 y 681 LEC, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca. Dejaba a salvo dicha sentencia la limitación a la facultad de arrendar cuando se circunscribiera a los arrendamientos de vivienda *ex* art. 13 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos,

que igualmente recuerda el Alto Tribunal para sentar la invalidez de condicionar al hipotecante con una prohibición de enajenar el bien hipotecado⁴⁸⁹, estimando que ambos casos serían subsumibles en la previsión de abusividad por desproporción *ex* art. 88.1 TRLCU.

Por último, respecto a la facultad de vencimiento anticipado que se estipulase por alteraciones en el patrimonio del prestatario, no cabe su formulación en términos tan amplios que cualquier incidencia negativa, efectiva o eventual, en el patrimonio acreditado pueda servir de excusa a la entidad crediticia para dar por vencido el préstamo. Como ha señalado el Tribunal Supremo, no se trata de excluir que dicha entidad mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que el vencimiento quede su discreción, lo cual acontecería si se previese la opción de precipitarlo, no por resultar insolvente el prestatario, sino v.g. por embargo de sus bienes o disminución de su solvencia, previsión que va más allá de lo reglado en el art. 1129 CC y que supone atribuir a la entidad prestamista una facultad discrecional de resolución del contrato

porque el primer aptdo. de tal precepto garantizaba al arrendatario el derecho a permanecer en la vivienda durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, con la consecuencia práctica de que, al no operar la purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tenía que soportar el arrendamiento durante un plazo, lo que, a su vez, acarreaba un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, *“resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta”*, minusvaloración del bien susceptible de disminuir la garantía de la hipoteca que para el TS hacía *“razonable la inclusión de cláusulas que mantengan la integridad de la garantía, sin que ello suponga que se crea un desequilibrio para el hipotecante (aquí prestatario consumidor), salvo que la garantía resulte desproporcionada conforme al apartado 18 de la DA 1ª LGDCU -imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido-”*. Ahora bien, el fundamento de la validez de las cláusulas limitativas del derecho de arrendar circunscritas a tales arrendamientos, cual era el perjuicio para el acreedor hipotecario, ha de ser revisado tras la reforma del citado art. 13.1, operada por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (en concreto, por art. 1.6), en tanto que con ella desapareció el período de cinco años que antes contemplaba tal precepto, y que impedía la purga durante ese plazo.

⁴⁸⁹ Dice rotundamente la STS 16.12.2009, FJ 13º, que en nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes, luego *“no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar”*. En el caso examinado por dicha sentencia, la cláusula en cuestión rezaba que la parte prestataria podía enajenar la finca hipotecada excepto si la enajenación conllevara la subrogación del préstamo, que debía ser autorizada por el banco; como bien vio el TS, de la lectura de la cláusula *“cabría deducir para el adherente (cliente) que, una eventual negativa de la entidad bancaria a la transmisión de la deuda, conlleva que el deudor no podría enajenar la finca hipotecada, siendo, como son dos cosas distintas”*, amalgama que crea confusión y riesgo de interpretación desproporcionada en perjuicio del consumidor, entendiéndose por ello aplicable la regla *contra proferentem* y los aptdos. 2 y 18 DA 1ª LCU (actuales arts. 85.4 y 88.1 TRLCU).

por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más si ni siquiera se contempla la salvedad de que el prestatario constituya nuevas garantías⁴⁹⁰.

A la viable subsunción en los supuestos de abusividad *ex arts.* 85.4 y 87.3 TRLCU, en cuanto facultad discrecional de resolución, y art. 86.7 TRLCU, de vedarse la posibilidad de reasegurar la deuda reconocida en el art. 1129 CC; cabría añadir, para el caso de embargo estipulado como habilitante de la facultad de vencimiento anticipado, la existencia de una garantía desproporcionada *ex art.* 88.1 TRLCU, habida cuenta de que la hipoteca ya coloca al acreedor hipotecario al abrigo del eventual perjuicio derivado de anotaciones de embargo posteriores en rango, o de la concurrencia con otros acreedores, por mor de la preferencia de cobro y la subsistencia de las cargas anteriores, en supuesto de ejecución del bien por embargos posteriores a la propia hipoteca⁴⁹¹.

4.5. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

En un sistema normativo *tecnocratizado*, cada vez más alejado de los fenómenos sociales que trata de regular, se constata el escaso esfuerzo del legislador nacional por corregir decididamente la situación de los consumidores ante contenidos de baja calidad en los contratos de adhesión. La actuación legislativa es superficial y, cuando no lo es, resulta poco convincente por forzada, mediante reprobación del Tribunal de Justicia.

Ante la necesidad de asegurar un mínimo de calidad, allí donde los términos contractuales se uniformizan e imponen sin distinción, los pocos oasis se encuentran en los listados de cláusulas abusivas, por cuanto regulan –en negativo– el contenido de los contratos de adhesión celebrados con consumidores. Fuera de su seguridad, la travesía por el desierto se torna ardua, pues frente a la problemática combinación de asimetría informativa y limitada racionalidad⁴⁹² de los adquirentes que incentiva a opacar y

⁴⁹⁰ Dice la STS 16.12.2009, FJ 11º, que tal cláusula produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva.

⁴⁹¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit. 2010, p. 32.

⁴⁹² El campo de la racionalidad limitada, en cuanto estudio relevante para el Derecho y la Economía, empezó, como bien apunta PALACIOS LLERAS, A. ("The consent theory critique and standard form contracts in civil law, with special reference to law and economics", en *works.bepress.com*, dic. 2011, p. 33), con las consideraciones de Herbert A. SIMON en "A Behavioral Model of Rational Choice" (*QJE*, Vol. 69/1, 1955, pp. 99-118, accesible en <http://qje.oxfordjournals.org/content/69/1/99.full.pdf>), que alcanzarían plenitud en "Rationality in Psychology and Economics" (*J. Bus.*, Vol. 59/4, Part. 2, 1986, pp. 209-224, accesible en www.jstor.org/stable/i340501). Para un estudio *in extenso* de los trabajos de SIMON vid., entre nosotros, la

reducir la calidad del clausulado en competencia, el comportamiento de los oferentes a controlar (las listas de cláusulas abusivas pueden ser vistas como manifestación de ello) entra en el terreno de la abstracción, en la cláusula general de abusividad.

Cuando los jueces se alejan de la zona de confort que brindan, con sus virtudes y defectos, las previsiones específicas del listado –aquí negro, en otros lugares gris o mixto– de contraste directo, la cuestión es contingente y se centra habitualmente en el conocimiento sobre los contratos que llegan a ser litigiosos y que reciban tacha judicial: aquellos que eluden una u otra situación no sirven para hallar un patrón de comportamiento en el uso de ciertas cláusulas, *ergo* las no revisadas/reprobadas que benefician, contra el consumidor, al oferente le darán una ventaja sobre la competencia que, tomando de ello nota, adaptará sus contratos en consecuencia. Creemos pues trascendental que toda la comunidad jurídica identifique las cláusulas *potencialmente* abusivas (las hoy marcadas mutarán, cual virus, en una interminable readaptación), buscando no solo su encaje en el listado de las proscritas, sino también la argumentación técnica que facilite el contraste con la previsión general de abusividad, máxime cuando lo que está en juego es la vivienda de las personas. Valga el presente Capítulo como humilde contribución a la causa.

DIMIDIUM FACTI, QUI COEPIT, HABET. CONCLUSIONES FINALES

1. Que la sociología jurídica carezca de particular predicamento acaso responde a traer consigo consideraciones socio-políticas que desnudan la pureza (abstracta) del *Ius*. Pero este, elegante en tanto que ausente de tales consideraciones, precisa más que nunca de incómodo realismo ante una fatal concepción tecnocrática alejada, por acción u omisión, de los fenómenos sociales objeto de regulación.
2. Despojados de dogmas apologéticos que apuntalan el *statu quo* cabe, de inicio, vislumbrar que el Estado supedita la (no-)producción legislativa y administración de Justicia a fines desviados de los intereses de la ciudadanía, así como constatar, después de un análisis empírico, que tal desviación existe y objetivamente favorece a entidades con gran poder de mercado, convencidas por ende las mismas –y destinando inmensos recursos a convencernos– de que hace tiempo llegó el “fin de la historia” postulado por Francis FUKUYAMA, *ergo* la sustitución del interés social por la actividad económica.
3. El Estado inconfesablemente rendido al *laissez faire*, bien por inducida convicción de alcanzar así la prosperidad, bien por implícita incapacidad de controlar los flujos de capital, tiene como deriva una colusión regulatoria (nimia de cara al poder económico, fuerte y excesiva para el resto) cuyas víctimas propiciatorias son los ciudadanos. La imposibilidad para acceder a una vivienda digna o retener la adquirida, la dificultad de parte de la población para, en suma, desarrollar un proyecto vital, son daños colaterales asumibles bajo la lógica del Mercado.
4. “*Quien quiere hacer algo encuentra un medio, quien no quiere hacer nada encuentra una excusa*”, proverbio árabe aplicable a nuestro Estado. En efecto, a lo largo del Capítulo 1 hemos expuesto:
 - a) La insuficiente actuación legislativa en materia de vivienda, tanto antes de la crisis económica que aún padecemos, carestía que fue el *medio* para arrancar y mantener el motor económico *ex* promoción inmobiliaria privada; como después de hacerse aquella evidente, con la *excusa* de exiguos fondos a dedicar, y el papel que el Tribunal de Justicia ha jugado en forzar un cambio legislativo, al menos, en sede procesal.

b) El inmovilismo del Tribunal Constitucional, cuya composición es dependiente de los poderes del Estado, que ante reiteradas dudas de inconstitucionalidad sobre nuestro sistema de ejecución hipotecaria y la posible afectación del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, o bien las ha descartado o bien no ha tenido en cuenta tal afectación al resolver la inadmisión de cuestionamientos fundados en vulneración de otros derechos relacionados (dado que el art. 47 CE no puede ser invocado en solitario para acceder a dicho Tribunal), bajo la *excusa* de rigorismos doctrinales como la falta de superación del juicio de aplicabilidad y relevancia.

5. Constatado lo anterior, y en orden a profundizar en esa idea, hemos de volver a la citada lógica del Mercado, la cual lleva a maximizar los beneficios reduciendo costes, vía (una de tantas, básica no obstante) supresión del proceso negociador en las transacciones comerciales. La herramienta empleada a tal fin son los contratos de adhesión. En el incipiente desarrollo de la sociedad capitalista se deslizó la necesidad de ir confinando a épocas pasadas, cual anacronismo, el contenido contractual surgido del real y pleno acuerdo de voluntades; que las empresas no tuvieran que invertir recursos en desarrollar cada una de las relaciones entabladas se traduciría, teóricamente, en un ajuste de precios que a todos favorecería. Desde entonces, globalización económica mediante, lo único seguro es que la contratación masiva, con imposición del clausulado estandarizado y abstraída de quien fuere el adherente o cual fuese el bien ofertado, beneficia a los predisponentes y supone terreno abonado al abuso.

6. Amparada legalmente esa “herramienta” (como la denominó KESSLER) que terminaría por convertir en excepción los contratos paritarios, se hubo de crear un *medio* que legitimara su uso empresarial, medio importado del Derecho germano: los controles de inclusión y contenido de las condiciones generales. Se preveía –sobre todo– con este último, previo maridaje de la Directiva 93/13, poner coto a la asimetría de poder en la relación entre predisponente y consumidor; empero tal coto no sería del todo cerrado, pues había que dar libertad a esos términos que, en palabras de la doctrina alemana, *man kann nicht, man darf nicht, man braucht nicht*. Todo lo que, en teoría, fuera “negociado”, y de forma totémica tal se concebían los elementos principales del contrato, habría de quedar fuera de dicho control bajo condición de transparencia. Con tales premisas nació la citada Directiva, mas no fue así concebida en sus antecedentes: el peso de la doctrina germana y la presión ejercida por las asociaciones empresariales propiciaron que, donde se contemplaba un examen de

contenido sin dichos límites, finalmente estos permearan la noción de cláusula abusiva y su control.

7. A esa génesis y posterior *iter* problemático dedicamos el Capítulo 2, donde dejamos constancia de la diferencia entre el sistema español de control de abusividad y el de otros países europeos: el nuestro asumiendo plenamente el articulado comunitario, los otros expuestos trascendiéndolo (porque así lo permite la Dir. 93/13 en aras de dotar de mayor protección a los consumidores), ya sea de inicio, como el ordenamiento francés, ya de forma sobrevenida, como el británico, caso este último paradigmático de un esfuerzo legislativo por controlar el clausulado abusivo, no limitado al dogma de la falta de negociación singular y preocupado por contener con rigor el dogma de la transparencia. Esto último también se percibe en instrumentos de modernización como el DCFR y aquellos otros que lo siguen. Material hay, por tanto, si el legislador español decidiera cambiar de rumbo.

8. Cambio que creemos necesario, pues lo cierto es que nuestro Estado ha renunciado a tener un modelo propio de control de abusividad; curiosamente, no está tan claro que el que nos alumbra benefice más a los adherentes consumidores que a los oferentes del Mercado. Se toma tal cual el modelo de la Directiva pero deslindándolo en dos normas, LCGC y TRLCU, sin positivizar nítidamente la exención de enjuiciamiento del carácter abusivo referida al clausulado nuclear ni su excepción (por falta de transparencia), dejando así al arbitrio del Tribunal Supremo su desarrollo jurisprudencial. Sin contar aquí con un fuerte apoyo normativo, a diferencia del *das Transparenzgebot* alemán, el denominado “control de transparencia” camina, insuflada vida por nuestro Alto Tribunal cual conocido personaje novelístico, con pies de barro. Deficiencias, qué duda cabe, susceptibles de ser aprovechadas por los operadores comerciales, incluso en un terreno tan sensible como el de la vivienda y su financiación.

9. A mayor abundamiento, se adopta un sistema que se precia de proteger la voluntad de los adherentes y respetar la economía de libre Mercado, garantizada teóricamente con el virtuoso deber de transparencia, pero se trata de un sistema que no tiene presente las disfunciones competenciales provocadas por la asimetría informativa y la limitada racionalidad de los adquirentes, fenómenos estos profusamente estudiados en el campo socio-económico mas relegados a lo exótico por la pureza del Derecho. El Tribunal de Justicia, al menos, ha tomado consciencia de los desincentivos que tienen los consumidores para acudir a los órganos judiciales, y de los incentivos de los empresarios para usar cláusulas abusivas: son, correspondientemente, mecanismos

correctores de factura jurisprudencial comunitaria, el control de oficio del carácter abusivo y la doctrina de la pura erradicación del clausulado en que se aprecie tal carácter. De ellos, así como de su deficiente –cuanto menos por forzada y tardía– traslación nacional, damos cuenta en el Capítulo 3, donde también exponemos, tras analizar la nulidad de protección, la revisable doctrina del Tribunal Supremo sobre la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad, sentada paradójicamente con la *excusa* de respetar la jurisprudencia comunitaria.

10. Demasiadas excusas y mejorables medios arrojan un saldo inicuo: contenidos de baja calidad en los contratos estandarizados, competencia entre profesionales con más pros (incentivos) que contras (desincentivos) en deteriorar esa calidad al contratar con consumidores. A estos aguarda un sinfín de cláusulas abusivas en el camino de la adquisición de vivienda –una muestra se contiene en el Capítulo 4–, que es un bien más para el Mercado, un bien cuya vertiente social es sistemáticamente ignorada por el Estado. Ante el método jurídico del elegante positivismo, defendemos la visión instrumental del Derecho, como auténtico medio para alcanzar fines sociales y, en consecuencia, tras un análisis científico no acotado al formalismo, valorar las normas según su eficacia al respecto, conservando aquello que realmente sirva al resultado perseguido y retirando lo que se pruebe ineficaz o contraproducente al mismo, sin temor a sustituir las disposiciones descartadas por otras de factura genuina o inspirada en el extenso acervo legal y académico europeo. Un camino propuesto que a día de hoy se antoja arduo, mas como decía el célebre Horacio “*dimidium facti, qui coepit, habet*”.

TABLA DE RESOLUCIONES CITADAS

INTERNACIONAL

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Resolución, secc. y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Asunto y núm. de demanda</i>
St., Sala, 24.11.1986	TEDH 1986, 15	<i>Gillow c. Reino Unido.</i> 9063/80
St., Sala, 25.9.1996	TEDH 1996, 42	<i>Buckley c. Reino Unido.</i> 20348/92
St., Sala, 24.4.1998	HUDOC	<i>Botta c. Italia,</i> 21439/93
Decisión, 2ª, 28.10.1999	HUDOC	<i>Pančenko c. Letonia.</i> 40772/98
Decisión, 1ª, 9.7.2002	HUDOC	<i>Salvetii c. Italia.</i> 42197/98
St., 1ª, 18.12.2003	JUR 2004, 85514	<i>Skondrianos c. Grecia.</i> 63000/00, 74291/01 y 74292/01
St., 1ª, 27.5.2004	JUR 2004, 158847	<i>Connors c. Reino Unido.</i> 66746/01
St., 1ª, 18.11.2004	TEDH 2004, 92	<i>Prokopovich c. Rusia.</i> 58255/00
St., 3ª, 13.10.2005	TEDH 2005, 107	<i>Clinique des Acacias et al. c. Francia.</i> 65399/01, 65406/01, 65405/01 y 65407/01
St., 1ª, 16.2.2006	JUR 2006, 83512	<i>Prikyan y Angelova c. Bulgaria.</i> 44624/98
St., 3ª, 2.11.2006	TEDH 2006, 64	<i>Giacomelli c. Italia.</i> 59909/00
St., 4ª, 9.10.2007	JUR 2007, 298821	<i>Stanková c. Eslovaquia.</i> 7205/02
St., 3ª, 6.12.2007	TEDH 2007, 88	<i>Maumousseau y Washington contra Francia.</i> 39388/05
St., 4ª, 13.5.2008	TEDH 2008, 30	<i>McCann c. Reino Unido.</i> 19009/04
St., 1ª, 15.1.2009	JUR 2009, 11685	<i>Čosić c. Croacia.</i> 28261/06
St., 1ª, 22.10.2009	JUR 2009, 427536	<i>Paulić c. Croacia,</i> 3572/06
St., 1ª, 21.6.2011	JUR 2011, 212900	<i>Orlić c. Croacia.</i> 48833/07
St., 4ª, 8.11.2011	TEDH 2011, 95	<i>V.C. c. Eslovaquia.</i> 18968/07
St., 4ª, 14.2.2012	JUR 2012, 55094	<i>Hardy y Maile c. Reino Unido.</i> 31965/07
St., 5ª, 25.7.2013	JUR 2013, 269717	<i>Rousk c. Suecia.</i> 27183/04
St., 1ª, 10.7.2014	TEDH 2014, 53	<i>Lemo et al. c. Croacia.</i> 3925/10, 3955/10, 3974/10, 4009/10, 4054/10, 4128/10, 4132/10 y 4133/10

Comité Europeo de Derechos Sociales

<i>Fecha de Decisión</i>	<i>Asunto y núm. de reclamación</i>
16.5.2003	<i>FIDH c. Francia.</i> 14/2003

16.6.2003	<i>ERRC c. Grecia. 15/2003</i>
10.10.2005	<i>ERRC c. Bulgaria. 31/2005</i>
12.6.2006	<i>International Movement ATD Fourth World c. Francia. 33/2006</i>

UNIÓN EUROPEA

Tribunal de Justicia

<i>Resolución, Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Asunto y Partes</i>
St. 15.7.1964	EU:C:1964:66	6/64. <i>Flaminio Costa c. ENEL</i>
St. 16.12.1976	EU:C:1976:188	33/76. <i>Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral c. Landwirtschaftskammer für das Saarland</i>
St. 9.3.1978	EU:C:1978:49	106/77. <i>Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal</i>
St. 27.3.1980	EU:C:1980:100	61/79. <i>Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Denkavit Italiana Srl</i>
St., 5ª, 18.1.1984	EU:C:1984:11	327/82. <i>Ekro BV Vee- en Vleeshandel c. Produktschap voor Vee en Vlees</i>
St. 10.4.1984	EU:C:1984:153	14/83. <i>Sabine Von Colson y Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen</i>
St. 2.2.1988	EU:C:1988:43	24/86. <i>Vincent Blaizot c. Universidad de Lieja et al.</i>
St., 6ª, 13.11.1990	TJCE 1991, 78	C-106/89. <i>Marleasing, S.A. c. Comercial Internacional de Alimentación, S.A.</i>
St., 2ª, 24.1.1991	TJCE 1991, 120	C-339/89. <i>Alsthom Atlantique, S.A. c. Compagnie de construction mécanique Sulzer, S.A.</i>
St., 3ª, 10.7.1991	EU:C:1991:303	C-90/90 y C-91/90. <i>Jean Neu et al. c. Secrétaire d'Etat à l'Agriculture et à la Viticulture</i>
St. 16.7.1992	EU:C:1992:326	C-163/90. <i>Administration des douanes y droits indirects c. Léopold Legros et al.</i>
St., 5ª, 16.12.1993	TJCE 1993, 206	C-334/92. <i>Wagner Miret c. Fondo de Garantía Salarial</i>
St., Pleno, 14.7.1994	TJCE 1994, 125	C-91/92. <i>Paola Faccini Dori c. Recreb Srl.</i>
St., Pleno, 28.9.1994	TJCE 1994, 167	C-57/93. <i>Anna Adriaantje Vroege c. NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV et al.</i>
St., 6ª, 23.3.1995	EU:C:1995:76	C-365/93. <i>Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica</i>

St., 6ª, 11.8.1995	EU:C:1995:261	C-367/93, C-368/93, C-369/93, C-370/93, C-371/93, C-372/93, C-373/93, C-374/93, C-375/93, C-376/93 y C-377/93. <i>F.G. Roders BV et al. c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen</i>
St., Gran Sala, 14.12.1995	EU:C:1995:437	C-312/93. <i>Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Estado Belga</i>
St., 5ª, 10.7.1997	TJCE 1997, 149	C-261/95. <i>Rosalba Palmisani c. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale</i>
St., 1ª, 30.4.1998	EU:C:1998:189	C-215/97. <i>Barbara Bellone c. Yokohama SpA</i>
St., 5ª, 16.7.1998	TJCE 1998, 174	C-210/96. <i>Gut Springenheide Gmb y Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung</i>
St., 5ª, 28.1.1999	TJCE 1999, 16	C-303/97. <i>Verbraucherschutzverein eV c. Sektkellerei G. C. Kessler GmbH und Co.</i>
St., 5ª, 25.2.1999	EU:C:1999:98	C-131/97. <i>Annalisa Carbonari et al. c. Università degli studi di Bologna, Ministero della Sanità, Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica y Ministero del Tesoro</i>
St. 4.5.1999	EU:C:1999:228	C-262/96. <i>Sema Sürül c. Bundesanstalt für Arbeit</i>
St., Pleno, 1.7.1999	TJCE 1999, 110	C-126/97. <i>Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV</i>
St., 6ª, 5.10.1999	TJCE 1999, 223	C-240/97. <i>Reino de España c. Comisión de las Comunidades Europeas</i>
St., 5ª, 13.1.2000	TJCE 2000, 4	C-220/98. <i>Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH</i>
St. 23.5.2000	EU:C:2000:276	C-104/98. <i>Johann Buchner et al. c. Sozialversicherungsanstalt der Bauern</i>
St., Pleno, 27.6.2000	TJCE 2000, 144	C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98. <i>Océano Grupo Editorial, S.A. c. Rocío Murciano Quintero; Salvat Editores, S.A. c. José M. Sánchez Alcón Prades et al.</i>
St., Pleno, 19.9.2000	TJCE 2000, 201	C-287/98. <i>Gran Ducado de Luxemburgo c. Berthe, Aloyse e Yvonne Linster</i>
St., 6ª, 3.10.2000	TJCE 2000, 230	C-9/99. <i>Échirolles Distribution, S.A. c. Association du Dauphiné et al.</i>
St., 6ª, 12.10.2000	TJCE 2000, 244	C-372/98. <i>J.H. Cooke & Sons c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food</i>

St., 5ª, 10.5.2001	TJCE 2001, 131	C-144/99. <i>Comisión c. Países Bajos</i>
St., Pleno, 20.9.2001	TJCE 2001, 235	C-184/99. <i>Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve</i>
St., 5ª, 24.1.2002	TJCE 2002, 25	C-372/99. <i>Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana</i>
St., 5ª, 7.5.2002	TJCE 2002, 151	C-478/99. <i>Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Suecia</i>
St., 5ª, 21.11.2002	TJCE 2002, 345	C-473/00. <i>Cofidis, S.A. c. Jean-Louis Fredout</i>
St., Pleno, 8.4.2003	TJCE 2003, 99	C-44/01. <i>Pippig Augenoptik GmbH and Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH</i>
St., Pleno, 9.9.2003	TJCE 2003, 246	C-236/01. <i>Monsanto Agricultura Italia SpA et al. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri et al.</i>
St., 6ª, 11.12.2003	TJCE 2003, 409	C-127/00. <i>Hässle AB c. Ratiopharm GmbH</i>
St., 5ª, 1.4.2004	TJCE 2004, 96	C-237/02. <i>Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c. Ludger y Ulrike Hofstetter</i>
St., 1ª, 9.9.2004	TJCE 2004, 227	C-70/03. <i>Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España</i>
St., Gran Sala, 5.10.2004	EU:C:2004:584	C-397/01 a C-403/01. <i>Bernhard Pfeiffer et al. c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV</i>
St., Gran Sala, 15.3.2005	TJCE 2005, 70	C-209/03. <i>Dany Bidar c. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills</i>
St., Gran Sala, 10.1.2006	TJCE 2006, 3	C-402/03. <i>Skov Æg c. Bilka Lavprisvarehus A/S; Bilka Lavprisvarehus A/S c. Jette Mikkelsen y Michael Due Nielsen</i>
St., 3ª, 9.3.2006	TJCE 2006, 66	C-499/04. <i>Hans Werhof c. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG</i>
St., 1ª, 16.3.2006	TJCE 2006, 80	C-234/04. <i>Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH</i>
St., 1ª, 30.3.2006	EU:C:2006:214	C-184/04. <i>Uudenkaupungin kaupunki</i>
St., 1ª, 27.4.2006	TJCE 2006, 119	C-423/04. <i>Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions</i>
St., Gran Sala, 4.7.2006	EU:C:2006:443	C-212/04. <i>Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos</i>
Auto, Presidente, 21.9.2006	EU:C:2006:602	C-283/06 y C-312/06. <i>KÖGÁZ rt et al. c. Zala Megyei Közigazgatási Hivatal Vezetője y Vas Megyei Közigazgatási Hivatal</i>

St., Gran Sala, 3.10.2006	TJCE 2006, 284	C-452/04. <i>Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht</i>
St., 1ª, 5.10.2006	EU:C:2006:652	C-290/05 y C-333/05. <i>Ákos Nádasdi et al. c. Vám- és Pénzügyőrség Észak-Alföldi Regionális Parancsnoksága</i>
St., 1ª, 26.10.2006	TJCE 2006, 299	C-168/05. <i>Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, S.L.</i>
St., 1ª, 18.1.2007	TJCE 2007, 13	C-313/05. <i>Maciej Brzezinski c. Dyrektor Izby Celnej w Warszawie</i>
St., Gran Sala, 6.3.2007	EU:C:2007:132	C-292/04. <i>Wienand Meilicke et al. c. FinanzamtBonn-Innenstadt</i>
St., Gran Sala, 13.3.2007	TJCE 2007, 58	C-432/05. <i>Unibet Ltd c. Justitiekanslern</i>
St., Gran Sala, 12.2.2008	TJCE 2008, 42	C-2/06. <i>Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas</i>
Auto, Presidente, 3.7.2008	EU:C:2008:385	C-201/08. <i>Plantanol GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Darmstadt</i>
St., 4ª, 4.6.2009	TJCE 2009, 155	C-243/08. <i>Pannon GSM c. Erzsébet Sustikné</i>
St., 2ª, 3.9.2009	TJCE 2009, 243	C-2/08. <i>Amministrazione dell'Economia e delle Finanze c. Fallimento Olimpiclub Srl</i>
St., 3ª, 3.9.2009	TJCE 2009, 249	C-482/07. <i>AHP Manufacturing BV c. Bureau voor de Industriële Eigendom</i>
St., 1ª, 6.10.2009	TJCE 2009, 309	C-40/08. <i>Asturcom Telecomunicaciones, S.L. c. Cristina Rodríguez Nogueira</i>
St., 3ª, 19.11.2009	TJCE 2009, 355	C-314/08. <i>Krzysztof Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu</i>
St., Gran Sala, 2.12.2009	TJCE 2009, 367	C-89/08 P. <i>Comisión Europea c. Irlanda et al.</i>
St., 1ª, 3.6.2010	TJCE 2010, 162	C-484/08. <i>Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)</i>
St., 1ª, 3.6.2010	TJCE 2010, 164	C-2/09. <i>Regionalna Mitniceska Direksia – Plovdiv c. Petar Dimitrov Kalinchev</i>
St., Gran Sala, 21.9.2010	EU:C:2010:541	C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P. <i>Suecia et al. c. Association de la presse internationale ASBL y Comisión Europea</i>
St., Gran Sala, 9.11.2010	TJCE 2010, 335	C-137/08. <i>VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider</i>
Auto, 8ª, 16.11.2010	EU:C:2010:685	C-76/10. <i>Pohotovosť s.r.o. c. Iveta Korčkovská</i>
St., 1ª, 16.12.2010	TJCE 2010, 396	C-137/09. <i>Marc Michel Josemans c. alcalde de Maastricht</i>

St., 2ª, 28.7.2011	TJCE 2011, 238	C-69/10. <i>Brahim Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration</i>
St., 2ª, 8.12.2011	TJCE 2011, 394	C-125/10. <i>Merck Sharp & Dohme Corp. c. Deutsches Patent-und Markenamt</i>
St., Gran Sala, 24.1.2012	EU:C:2012:33	C-282/10. <i>Maribel Domínguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique</i>
St., Gran Sala, 14.2.2012	TJCE 2012, 22	C-204/09. <i>Flachglas Torgau GmbH c. Bundesrepublik Deutschland</i>
St., 1ª, 15.3.2012	TJCE 2012, 55	C-453/10. <i>Jana Pereničová y Vladislav Perenič c. SOS financ, spol. s.r.o.</i>
St., 1ª, 26.4.2012	TJCE 2012, 98	C-472/10. <i>Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt</i>
St., 1ª, 14.6.2012	TJCE 2012, 143	C-618/10. <i>Banco Español de Crédito, S.A. c. Joaquín Calderón Camino</i>
St., 2ª, 19.7.2012	TJCE 2012, 220	C-263/11. <i>Ainārs Rēdlihs c. Valsts ieņēmumu dienests</i>
Auto, Presidente, 5.10.2012	EU:C:2012:623	C-394/12. <i>Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt</i>
St., Gran Sala, 6.11.2012	TJCE 2012, 321	C-199/11. <i>Europese Gemeenschap c. Otis NV et al.</i>
St., 1ª, 21.2.2013	TJCE 2013, 46	C-472/11. <i>Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai y Viktória Csipai</i>
St., 1ª, 14.3.2013	TJCE 2013, 89	C-415/11. <i>Mohamed Aziz c. Catalunyacaixa</i>
St., 1ª, 21.3.2013	TJCE 2013, 93	C-92/11. <i>RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV</i>
St., 1ª, 30.5.2013	TJCE 2013, 145	C-488/11. <i>Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito c. Jahani BV</i>
St., 1ª, 30.5.2013	TJCE 2013, 194	C-397/11. <i>Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.</i>
St., 4ª, 26.9.2013	TJCE 2013, 321	C-418/11. <i>Texdata Software GmbH c. Gobierno Austriaco et al.</i>
Auto, 1ª, 14.11.2013	EU:C:2013:759	C-537/12 y C-116/13. <i>Banco Popular Español, S.A. c. Mª Teodolinda Rivas Quichimbo et al.; Banco de Valencia, S.A. c. Joaquín Valldeperas Tortosa et al.</i>
St., 3ª, 5.12.2013	TJCE 2013, 405	C-413/12. <i>Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León c. Anuntis Segundamano España, S.L.</i>
St., Gran Sala, 19.12.2013	TJCE 2013, 392	C-279/12. <i>Fish Legal y Emily Shirley c. Information Commissioner et al.</i>

St., Gran Sala, 15.1.2014	EU:C:2014:2	C-176/12. <i>Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT et al.</i>
St., 1 ^a , 16.1.2014	TJCE 2014, 7	C-226/12. <i>Constructora Principado, S.A. c. José Ignacio Menéndez Álvarez</i>
St., 4 ^a , 27.1.2014	EU:C:2014:110	C-351/12. <i>OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. c. Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.</i>
St., 4 ^a , 27.3.2014	TJCE 2014, 126	C-565/12. <i>LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan</i>
Auto, 1 ^a , 3.4.2014	EU:C:2014:1857	C-342/13. <i>Katalin Sebestyén c. Zsolt Csaba Kővári et al.</i>
St., 4 ^a , 30.4.2014	TJCE 2014, 105	C-26/13. <i>Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt</i>
St., 6 ^a , 30.4.2014	TJCE 2014, 165	C-280/13. <i>Barclays Bank, S.A. c. Sara Sánchez García y Alejandro Chacón Barrera</i>
Auto, Presidente, 5.6.2014	EU:C:2014:1388	C-169/14. <i>Juan Carlos Sánchez Morcillo y M^a Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.</i>
St., 1 ^a , 17.7.2014	TJCE 2014, 106	C-169/14. <i>Juan Carlos Sánchez Morcillo y M^a Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.</i>
St., 3 ^a , 10.9.2014	TJCE 2014, 105	C-34/13. <i>Monika Kušionová c. SMART Capital a.s.</i>
St., 1 ^a , 21.1.2015	TJCE 2015, 4	C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. <i>Unicaja Banco, S.A. c. José Hidalgo Rueda et al.; Caixabank, S.A., c. Manuel M^a Rueda Ledesma et al.</i>
St., 9 ^a , 26.2.2015	TJCE 2015, 93	C-143/13. <i>Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei c. SC Volksbank România SA</i>
Auto, Presidente, 18.3.2015	EU:C:2015:198	C-75/14. <i>Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A. c. Francisco Javier Rodríguez Barbero y María Ángeles Barbero Gutiérrez</i>
St., 1 ^a , 16.4.2015	EU:C:2015:225	C-388/13. <i>Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. UPC Magyarország Kft.</i>
Auto, Presidente, 16.4.2015	EU:C:2015:281	C-548/13. <i>Caixabank, S.A. c. Francisco Javier Brenes Jiménez y Andrea Jiménez Jiménez</i>
St., 3 ^a , 23.4.2015	TJCE 2015, 179	C-96/14. <i>Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA</i>

Auto, 6ª, 11.6.2015	TJCE 2015, 224	C-602/13. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. c. Fernando Quintano Ujeta y María Isabel Sánchez García
Auto, 6ª, 8.7.2015	EU:C:2015:465	C-90/14. Banco Grupo Cajatres, S.A. c. María Mercedes Manjón Pinilla y Comunidad hereditaria formada al fallecimiento de D.M.A. Viana Gordejuela
Auto, 1ª, 16.7.2015	EU:C:2015:508	C-539/14. Juan Carlos Sánchez Morcillo y Mª Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.
St., 1ª, 29.10.2015	JUR 2015, 248737	C-8/14. BBVA, S.A. c. Pedro Peñalva López et al.
St., 1ª, 18.2.2016	EU:C:2016:98	C-49/14. Finanmadrid E.F.C., S.A. c. Jesús Vicente Albán Zambrano et al.
Auto, 10ª, 17.3.2016	EU:C:2016:195	C-613/15. Ibercaja Banco, S.A.U. c. José Cortés González

REINO UNIDO

<i>Corte y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Caso</i>
<i>Court of Appeal (Civil Division), 12.11.1987</i>	[1987] EWCA Civ 6, [1989] QB 433	<i>Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd</i>
<i>House of Lords, 25.10.2001</i>	[2001] UKHL 52, [2002] 1 AC 481	<i>Director General of Fair Trading v. First National Bank</i>
<i>High Court (Technology & Construction Court), 26.1.2007</i>	[2007] EWHC 70 (TCC)	<i>Shepherd Homes Ltd v. Encia Remediation Ltd</i>
<i>Supreme Court, 25.11.2009</i>	[2009] UKSC 6, [2010] 1 AC 696	<i>Office of Fair Trading v. Abbey National plc</i>

ESPAÑA

Tribunal Constitucional

<i>Resolución, Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
St. 41/81, Pleno, 18.12.1981	RTC 1981, 41	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
St. 8/91, 1ª, 17.1.1991	RTC 1991, 8	Francisco Tomás y Valiente

St. 111/92, 1ª, 14.9.1992	RTC 1992, 111	Carlos de la Vega Benayas
St. 160/93, 2ª, 17.5.1993	RTC 1993, 160	Luis López Guerra
St. 217/93, 2ª, 30.6.1993	RTC 1993, 217	Carles Viver Pi-Sunyer
St. 120/94, 1ª, 25.4.1994	RTC 1994, 120	Rafael de Mendizábal Allende
St. 133/95, 2ª, 25.9.1995	RTC 1995, 133	Rafael de Mendizábal Allende
St. 158/97, Pleno, 2.10.1997	RTC 1997, 158	José Gabaldón López
St. 25/99, 2ª, 8.3.1999	RTC 1999, 25	Tomás S. Vives Antón
St. 165/99, 2ª, 27.9.1999	RTC 1999, 165	Vicente Conde Martín de Hijas
St. 129/03, 2ª, 30.6.2003	RTC 2003, 129	Pablo Manuel Cachón Villar
Declaración 1/04, Pleno, 13.12.2004	RTC 2004, 256	Vicente Conde Martín de Hijas
St. 265/05, 1ª, 24.10.2005	RTC 2005, 265	Francisco Javier Delgado Barrio
St. 334/06, 2ª, 20.11.2006	RTC 2006, 334	Pascual Sala Sánchez
St. 87/08, 1ª, 21.7.2008	RTC 2008, 87	María Emilia Casas Baamonde
Auto 113/11, Pleno, 19.7.2011	RTC 2011, 113 AUTO	
St. 37/12, Pleno, 19.3.2012	RTC 2012, 37	Manuel Aragón Reyes
Auto 113/14, Pleno, 8.4.2014	JUR 2014, 143783	
Auto 206/14, Pleno, 22.7.2014	JUR 2014, 256764	

Tribunal Supremo. Sala Primera

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
St. 28.2.1980	RJ 1980, 1015	José Antonio Seijas Martínez
St. 11.10.1982	RJ 1982, 5551	José Mª Gómez de la Bárcena y López
St. 7.2.1983	RJ 1983, 864	José Mª Gómez de la Bárcena y López
St. 9.6.1986	RJ 1986, 3298	Cecilio Serena Velloso
St. 23.9.1986	RJ 1986, 4783	Antonio Sánchez Jáuregui
St. 9.10.1987	RJ 1987, 6931	Eduardo Fernández-Cid de Temes
St. 313/94, 8.4.1994	RJ 1994, 2733	Eduardo Fernández-Cid de Temes
St. 111/98, 10.2.1998	RJ 1998, 970	Alfonso Villagómez Rodil
St. 751/98, 24.7.1998	ES:TS:1998:5000	Francisco Morales Morales
St. 873/98, 18.9.1998	RJ 1998, 6398	Alfonso Villagómez Rodil
St. 1039/98, 14.11.1998	RJ 1998, 9972	Antonio Gullón Ballesteros
St. 1123/98, 4.12.1998	RJ 1998, 9615	Francisco Morales Morales
St. 1142/98, 4.12.1998	RJ 1998, 8788	Alfonso Villagómez Rodil
St. 55/99, 1.2.1999	RJ 1999, 526	Xavier O'Callaghan Muñoz
St. 265/99, 27.3.1999	RJ 1999, 2371	José Menéndez Hernández
St. 621/99, 7.7.1999	RJ 1999, 4988	Antonio Gullón Ballesteros
St. 646/99, 17.7.1999	RJ 1999, 5958	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

St. 106/00, 14.2.2000	RJ 2000, 1236	Jesús Corbal Fernández
St. 451/00, 18.4.2000	RJ 2000, 2976	Francisco Morales Morales
St. 998/00, 2.11.2000	RJ 2000, 8492	Román García Varela
St. 913/01, 10.10.2001	RJ 2001, 8793	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
St. 1110/01, 30.11.2001	RJ 2002, 9693	Francisco Marín Castán
St. 230/02, 14.3.2002	RJ 2002, 2476	Jesús Corbal Fernández
St. 1200/02, 5.12.2002	RJ 2002, 10432	Clemente Auger Liñán
St. 365/03, 15.4.2003	RJ 2003, 3712	Antonio Romero Lorenzo
St. 784/03, 16.7.2003	RJ 2003, 5144	José M. Martínez-Pereda Rodríguez
St. 119/04, 19.2.2004	RJ 2004, 1803	Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares
Auto 4.6.2004	JUR 2004, 273424	Jesús Corbal Fernández
St. 725/05, 17.10.2005	RJ 2005, 7194	Jesús Corbal Fernández
St. 959/05, 28.11.2005	RJ 2005, 9837	Antonio Salas Carceller
St. 364/06, 5.4.2006	RJ 2006, 1921	Encarnación Roca Trías
St. 760/06, 20.7.2006	RJ 2006, 4734	Román García Varela
St. 1063/06, 25.10.2006	RJ 2006, 6704	Xavier O'Callaghan Muñoz
St. 18/07, 24.1.2007	RJ 2007, 710	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
St. 501/08, 3.6.2008	RJ 2008, 4170	Xavier O'Callaghan Muñoz
St. 506/08, 4.6.2008	RJ 2008, 3196	José Almagro Nosete
St., 829/08, 25.9.2008	RJ 2008, 5570	Antonio Gullón Ballesteros
Auto 20.10.2008	JUR 2008, 387488	José Ramón Ferrándiz Gabriel
St. 539/09, 14.7.2009	RJ 2009, 4467	Antonio Salas Carceller
St. 792/09, 16.12.2009	RJ 2010, 702	Jesús Corbal Fernández
St. 103/10, 17.3.2010	RJ 2010, 2402	Román García Varela
St. 401/10, 1.7.2010	RJ 2010, 6554	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
St. 663/10, 4.11.2010	RJ 2010, 8021	José Ramón Ferrándiz Gabriel
St. 861/10, 29.12.2010	RJ 2011, 148	Jesús Corbal Fernández
St. 39/11, 17.2.2011	RJ 2011, 3316	Antonio Salas Carceller
St. 75/11, 2.3.2011	RJ 2011, 1833	José Antonio Seijas Quintana
St. 706/11, 25.10.2011	RJ 2012, 433	Román García Varela
St. 842/11, 25.11.2011	RJ 2012, 576	Jesús Corbal Fernández
Acuerdo 30.12.2011	JUR 2012, 2657	
St. 44/12, 15.2.2012	RJ 2012, 4984	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
St. 118/12, 13.3.2012	RJ 2012, 4527	José Ramón Ferrándiz Gabriel
St. 406/12, 18.6.2012	RJ 2012, 8857	Francisco Javier Orduña Moreno
St. 731/12, 10.12.2012	RJ 2013, 914	Francisco Marín Castán
St. 827/12, 15.1.2013	RJ 2013, 2276	Francisco Javier Orduña Moreno
St. 820/12, 17.1.2013	RJ 2013, 1819	Francisco Marín Castán

St. 822/12, 18.1.2013	RJ 2013, 1604	José Ramón Ferrándiz Gabriel
St. 221/13, 11.4.2013	RJ 2013, 3490	Francisco Javier Orduña Moreno
St. 221/13, 11.4.2013	RJ 2013, 3490	Francisco Javier Orduña Moreno
Acuerdo 8.5.2013	JUR 2013, 146287	
St. 241/13, 9.5.2013	RJ 2013, 3088	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
Auto 3.6.2013	RJ 2013, 3617	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
Auto 4.6.2013	JUR 2013, 194938	Juan Antonio Xiol Ríos
St. 424/13, 21.6.2013	RJ 2013, 4980	Juan Antonio Xiol Ríos
St. 476/13, 3.7.2013	RJ 2013, 5913	Francisco Javier Arroyo Fiestas
St. 540/13, 13.9.2013	RJ 2013, 5931	Francisco Marín Castán
St. 581/13, 26.9.2013	RJ 2013, 6402	Xavier O'Callaghan Muñoz
St. 586/13, 8.10.2013	RJ 2013, 7802	Rafael Saraza Jimena
Auto 6.11.2013	RJ 2013, 355553	Rafael Saraza Jimena
St. 638/13, 18.11.2013	RJ 2014, 2233	Francisco Javier Orduña Moreno
St. 769/13, 18.12.2013	RJ 2013, 8350	Sebastián Sastre Papiol
Auto 14.1.2014	JUR 2014, 27359	Francisco Marín Castán
St. 97/2014, 12.3.2014	RJ 2014, 1486	José Ramón Ferrándiz Gabriel
St. 214/14, 15.4.2014	RJ 2014, 3122	Rafael Saraza Jimena
St. 213/14, 21.4.2014	RJ 2014, 3281	José Antonio Seijas Quintana
St. 5.5.2014	RJ 2014, 3290	Francisco Javier Arroyo Fiestas
St. 218/14, 7.5.2014	RJ 2014, 3126	Francisco Javier Arroyo Fiestas
St. 242/14, 23.5.2014	RJ 2014, 2943	Sebastian Sastre Papiol
St. 86/14, 26.5.2014	RJ 2014, 3880	Francisco Javier Orduña Moreno
St. 333/14, 30.6.2014	RJ 2014, 3526	Francisco Javier Orduña Moreno
St. 464/14, 8.9.2014	RJ 2014, 4660	Francisco Javier Orduña Moreno
St. 638/14, 24.11.2014	RJ 2014, 6000	Eduardo Baena Ruiz
St. 467/14, 25.11.2014	RJ 2014, 6008	José Antonio Seijas Quintana
St. 677/14, 2.12.2014	RJ 2014, 6872	Francisco Javier Orduña Moreno
St. 778/14, 20.1.2015	RJ 2015, 361	Francisco Marín Castán
St. 72/15, 20.2.2015	RJ 2015, 584	Xavier O'Callaghan Muñoz
St. 138/15, 24.3.2015	RJ 2015, 845	Rafael Saraza Jimena
St. 139/15, 25.3.2015	RJ 2015, 735	Eduardo Baena Ruiz
St. 265/15, 22.4.2015	RJ 2015, 1360	Rafael Saraza Jimena
St. 222/15, 29.4.2015	RJ 2015, 2042	Rafael Saraza Jimena
St. 237/15, 30.4.2015	JUR 2015, 124082	Francisco Marín Castán
Auto, 3.6.2015	JUR 2015, 158880	Francisco Marín Castán
St. 470/15, 7.9.2015	RJ 2015, 3976	Rafael Saraza Jimena
St. 705/15, 23.12.2015	RJ 2015, 5714	Pedro José Vela Torres

Audiencias Provinciales

<i>Res., Trib., secc. y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Tarragona, 3ª, 27.10.1997	AC 1997, 2295	Javier Albar García
SAP León, 2ª, 15.4.1998	AC 1998, 748	Luis Adolfo Mallo Mallo
SAP Cádiz, 8ª, 19.7.2002	JUR 2002, 261837	Luis Alfredo de Diego Díez
AAP Madrid, 11ª, 10.10.2002	AC 2002, 1417	Jesús Gavilán López
AAP Barcelona, 16ª, 12.12.2002	JUR 2003, 140240	Agustín Ferrer Barriendos
AAP Barcelona, 17ª, 2.2.2003	JUR 2003, 196357	Myriam Sambola Cabrer
SAP Santa Cruz de Tenerife, 3ª, 7.2.2003	JUR 2003, 141151	María Luisa Santos Sánchez
SAP Valencia, 7ª, 16.5.2003	JUR 2004, 34560	María Ibáñez Solaz
SAP Barcelona, 14ª, 22.5.2003	JUR 2003, 254692	María Eugenia Alegret Burgues
SAP Santa Cruz de Tenerife, 4ª, 17.11.2003	JUR 2004, 27566	Emilio Fernando Suárez Díaz
SAP Cádiz, 4ª, 1.12.2003	JUR 2004, 64224	Manuel Zambrano Ballester
SAP Ávila, 1ª, 7.1.2004	JUR 2004, 144750	Ignacio Pando Echevarría
SAP Cáceres, 1ª, 19.1.2004	JUR 2004, 52930	Juan Francisco Bote Saavedra
SAP Málaga, 4ª, 29.4.2004	JUR 2004, 150295	Manuel Torres Vela
SAP Barcelona, 17ª, 28.5.2004	JUR 2004, 209328	Myriam Sambola Cabrer
SAP Sevilla, 6ª, 29.6.2004	JUR 2004, 211493	José Carlos Ruíz de Velasco Linares
SAP Madrid, 13ª, 14.9.2004	JUR 2005, 19592	Carlos Cezón González
SAP Valencia, 7ª, 30.9.2004	JUR 2005, 13008	Pilar Cerdán Villalba
SAP Murcia, 5ª, 15.12.2004	AC 2005, 275	José Manuel Nicolás Manzanares
SAP Baleares, 5ª, 22.12.2004	JUR 2005, 33784	Mariano Zaforteza Fortuny
SAP Baleares, 3ª, 8.2.2005	JUR 2005, 75343	Guillermo Rosselló Llaneras
SAP Madrid, 13ª, 9.3.2005	JUR 2005, 116399	José Luis Zarco Olivo
SAP Barcelona, 14ª, 6.10.2005	JUR 2006, 36529	Francisco Javier Pereda Gámez
SAP Cádiz, 8ª, 14.11.2005	JUR 2007, 97763	Lourdes Marín Fernández
SAP Barcelona, 4ª, 17.11.2005	JUR 2006, 66466	Mireia Ríos Enrich
SAP Madrid, 18ª, 19.1.2006	JUR 2006, 108956	María Guadalupe de Jesús Sánchez
SAP Madrid, 25ª, 6.4.2006	JUR 2006, 175230	Jose María Guglieri Vázquez
SAP Cantabria, 4ª, 11.4.2006	JUR 2006, 152586	Marcial Helguera Martínez
SAP Cantabria, 4ª, 25.4.2006	JUR 2006, 184128	María José Arroyo García
SAP Madrid, 21ª, 18.9.2006	AC 2008, 815	Guillermo Ripoll Olazábal
SAP Madrid, 21ª, 16.1.2007	JUR 2007, 178184	Ramón Belo González
SAP Sevilla, 5ª, 7.3.2007	JUR 2007, 275590	Juan Márquez Romero
SAP Santa Cruz de Tenerife, 4ª, 21.11.2007	JUR 2008, 75842	Emilio Fernando Suárez Díaz

SAP Murcia, 2ª, 17.1.2008	JUR 2008, 364025	Alvaro Castaño Penalva
SAP Asturias, 6ª, 21.1.2008	JUR 2008, 228145	José Manuel Barral Díaz
SAP Sevilla, 5ª, 23.6.2008	AC 2008, 2005	José Herrera Tagua
SAP Valencia, 6ª, 9.12.2008	AC 2009, 538	María Amparo Ivars Marín
SAP Alicante, 8ª, 14.1.2009	JUR 2009, 129797	Enrique García-Chamón Cervera
SAP Valencia, 8ª, 3.6.2009	JUR 2009, 331335	Eugenio Sánchez Alcaraz
SAP Málaga, 6ª, 15.10.2009	JUR 2010, 95120	Antonio Alcalá Navarro
SAP Almería, 3ª, 20.10.2009	JUR 2010, 39256	Soledad Jiménez de Cisneros Cid
SAP Salamanca, 1ª, 15.3.2010	JUR 2010, 164557	José Ramón González Clavijo
SAP Córdoba, 3ª, 24.3.2010	JUR 2010, 346302	Pedro José Vela Torres
SAP Burgos, 3ª, 30.7.2010	JUR 2010, 327816	María Esther Villimar San Salvador
SAP Valladolid, 3ª, 23.9.2010	AC 2010, 1535	José Manuel de Vicente Bobadilla
AAP Barcelona, 14ª, 29.11.2010	AC 2012, 852	Francisco Javier Pereda Gámez
AAP Navarra, 2ª, 17.12.2010	AC 2011, 1	Francisco José Goyena Salgado
AAP Navarra, 3ª, 28.1.2011	AC 2011, 40	Jesús Santiago Delgado Cruces
AAP Navarra, 2ª, 16.3.2011	AC 2011, 1027	Francisco José Goyena Salgado
SAP Madrid, 13ª, 8.4.2011	JUR 2011, 241248	José González Olleros
SAP Madrid, 9ª, 21.7.2011	JUR 2011, 330491	José María Pereda Laredo
SAP Sevilla, 5ª, 7.10.2011	AC 2011, 1569	Fernando Sanz Talayero
SAP Valencia, 6ª, 4.11.2011	JUR 2012, 76038	María Mestre Ramos
SAP Madrid, 13ª, 23.12.2011	JUR 2012, 20045	Modesto de Bustos Gómez-Rico
SAP Gerona, 1ª, 9.2.2012	AC 2012, 666	Fernando Lacaba Sánchez
SAP Burgos, 3ª, 23.3.2012	JUR 2012, 137310	Juan Sancho Fraile
SAP Cáceres, 1ª, 24.4.2012	JUR 2012, 154622	Juan Francisco Bote Saavedra
SAP Zaragoza, 5ª, 8.5.2012	AC 2012, 1007	Alfonso María Martínez Areso
SAP Asturias, 7ª, 10.5.2012	JUR 2012, 215875	Marta María Gutiérrez García
SAP Murcia, 5ª, 10.7.2012	JUR 2012, 277106	Miguel Angel Larrosa Amante
SAP Asturias, 6ª, 27.7.2012	JUR 2012, 295955	Elena Rodríguez-Vigil Rubio
SAP Asturias, 7ª, 30.11.2012	JUR 2013, 5685	Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente
AAP Pontevedra, 6ª, 10.2.2014	AC 2014, 487	Jaime Carrera Ibarzábal
SAP Asturias, 4ª, 18.2.2014	JUR 2014, 89595	María Nuria Zamora Pérez
AAP Álava, 1ª, 13.3.2014	AC 2014, 382	Edmundo Rodríguez Achutegui
AAP Castellón, 3ª, 2.4.2014	JUR 2014, 179524	José Manuel Marco Cos
SAP Asturias, 1ª, 21.4.2014	JUR 2014, 137358	Javier Anton Guijarro
SAP Alicante, 8ª, 5.6.2014	AC 2014, 1132	Luis Antonio Soler Pascual
SAP Alicante, 8ª, 10.6.2014	AC 2014, 1624	Luis Antonio Soler Pascual
AAP Madrid, 9ª, 27.11.2014	JUR 2015, 18979	Juan Luis Gordillo Álvarez Valdés
AAP Madrid, 14ª, 23.3.2015	JUR 2015, 134308	Paloma García de Ceca

SAP Madrid, 10ª, 9.4.2015	JUR 2015, 173058	Angel Vicente Illescas Rus
SAP Madrid, 25ª, 19.5.2015	JUR 2015, 158874	Francisco Moya Hurtado
AAP Alicante, 8ª, 10.6.2015	JUR 2015, 190487	Francisco José Soriano Guzmán
AAP Alicante, 8ª, 15.6.2015	JUR 2015, 190491	Luis Antonio Soler Pascual
SAP Salamanca, 1ª, 19.6.2015	AC 2015, 1335	Fernando Carbajo Cascón
AAP Zamora, 13.7.2015	JUR 2015, 212031	Ana Descalzo Pino
AAP Cantabria, 4ª, 17.7.2015	JUR 2015, 185814	María del Mar Hernández Rodríguez

Juzgados de Primera Instancia (e Instrucción en su caso)

<i>Res., Trib. y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado-Juez</i>
SJPI nº 50 Madrid, 11.9.2001	AC 2001, 2120	Mª Rosario Campesino Temprano
AJPI nº 4 Bilbao, 29.1.2008		Mª Covadonga González Rguez.
AJPPI nº 2 Estella, 13.11.2009	AC 2010, 2235	Esther Fernández Arjonilla
AJPI nº 2 Sabadell, 21.1.2010		Guillem Soler Sole
AJPI nº 2 Sabadell, 30.9.2010	AJPI 5, 2010	Guillem Soler Sole
AJPPI nº 1 Catarroja, 15.11.2012	AC 2012, 1627	Manuel Ortiz Romani
AJPI nº 17 Palma Mallorca, 26.2.2013		Álvaro Latorre López
SJPI nº 5 Pamplona, 7.5.2013	AC 2013, 1624	Rafael Ruiz de la Cuesta Muñoz
AJPPI nº 2 Marchena, 16.8.2013	AC 2013, 971	Manuel Ruíz de Lara
AJPPI nº 7 Avilés, 14.11.2013	JUR 2014, 32031	Joaquín Colubi Mier
AJPI nº 2 Santander, 19.11.2013	AC 2013, 2287	Jaime Fco. Anta González
AJPPI nº 1 Miranda de Ebro, 17.2.2014	AC 2014, 95	David Losada Durán
AJPI nº 5 Alcobendas, 24.4.2014	JUR 2016, 42585	Lidia Octavio Espinola
SJPI nº 1 Fuenlabrada, 3.10.2014	JUR 2014, 274717	Jesús Miguel Alemany Eguidaz

Juzgados de lo Mercantil

<i>Res., Trib. y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado-Juez</i>
SJM nº 2 Sevilla, 30.9.2010	AC 2010, 1550	Miguel Ángel Navarro Robles
AJM nº 3 Barcelona, 19.7.2011	AC 2012, 1656	José Mª Fernández Seijo
SJM nº 3 Madrid, 27.2.2014	AC 2014, 786	Jesús Miguel Alemany Eguidazu
AJM nº 1 Granada, 25.3.2015	JUR 2015, 244788	Enrique Sanjuan Muñoz
SJM nº 11 Madrid, 7.4.2016		Carmen González Suárez

Dirección General: Mterio. de Justicia (DGRN) y de Hacienda (DGT)

<i>Órgano y fecha de Resolución</i>	<i>Ref.</i>	<i>Partes / Consulta</i>
DGRN, 18.6.1991	RJ 1991, 4656	<i>Copropietarios Avda. España nº 3 Getafe c. Registrador de la Propiedad nº 1 Getafe</i>
DGT (SG Impuestos Patrimoniales), 13.11.2001	JUR 2002, 90240	General núm. 2007-01
DGRN, 1.6.2002	RJ 2002, 6356	<i>Notario Valladolid, Mariano Jesús M. M. c. Registradora Propiedad nº 5 Valladolid</i>
DGRN, 23.10.2002	RJ 2002, 10794	<i>Notario de Ondarroa, Manuel S. O. c. Registradora de la Propiedad de Eibar</i>
DGRN, 7.1.2004	RJ 2004, 4881	<i>Cordobesa Inmuebles y Obras, S.L. c. Registrador de la Propiedad nº 10 Sevilla</i>
DGT (SG Tributos Locales), 28.2.2005	JUR 2005, 84166	Vinculante núm. V0305-05
DGRN, 26.7.2007 (Resolución-Circular)		Consulta de Asociación de Promotores Constructores de España
DGRN, 9.12.2008	RJ 2009, 1466	<i>Notario Valencia, Joaquín Borrell García c. Registrador Propiedad nº 1 Torrente</i>
DGT (SG Impuestos Patrimoniales), 5.11.2009	JT 2010, 25	Vinculante núm. V2471-09
DGRN, 3.12.2009	RJ 2010, 647	<i>Notario de Santa Cruz de Tenerife, Javier Martínez del Moral c. Registrador de la Propiedad nº 4 de Santa Cruz de Tenerife</i>
DGRN, 9.1.2010	RJ 2010, 258	<i>David Márquez Botella c. Registrador de la Propiedad de Torrox</i>
DGT (SG Tributos Locales), 29.9.2010		General núm. 0011-10
DGRN, 1.10.2010	RJ 2010, 5273	<i>Manchester Building Society c. Registrador Propiedad nº 2 de Estepona</i>
DGRN, 4.11.2010	RJ 2011, 2461	<i>Manchester Building Society c. Registrador Propiedad nº 2 de Estepona</i>
DGRN, 21.12.2010	RJ 2010, 263	<i>Manchester Building Society c. Registrador de la Propiedad de Vera</i>
DGRN, 4.1.2011	RJ 2011, 267	<i>Notario Valladolid, J. González Espinal c. Registradora Propiedad nº 5 Valladolid</i>
DGRN, 11.1.2011	RJ 2011, 269	<i>Manchester Building Society c. Registrador Propiedad nº 2 de Estepona</i>
DGT (SG Impuestos	JUR 2013, 127802	Vinculante núm. V0816-13

Patrimoniales), 14.3.2013		
DGRN, 22.5.2013	RJ 2013, 5417	<i>Diócesis de Lugo c. Registradora de la Propiedad de Arzúa</i>
DGRN, 13.9.2013	RJ 2013, 8277	<i>Banco Grupo Cajatres, S.A. c. Registrador de la Propiedad nº 1 Torrejón de Ardoz</i>
DGRN, 26.11.2013	JUR 2014, 23829	<i>Notario de Majadahonda, V.O.N. c. Registrador de la Propiedad nº 1 de Torrejón de Ardoz</i>
DGRN, 21.1.2014	RJ 2014, 1546	<i>Notario Güímar, S. S. G., c. Registradora de la Propiedad de Güímar</i>
DGRN, 28.5.2014	RJ 2014, 3813	<i>A.R.B. c. Registradora de la Propiedad nº 9 de Valencia</i>
DGRN, 17.10.2014	RJ 2014, 6096	<i>Notario de Palma de Mallorca, J.M. M. M. c. Registrador de la Propiedad nº 3 Palma de Mallorca</i>
DGRN, 12.3.2015	RJ 2015, 1586	<i>Notaria de Albacete, María Adoración Fernández Maldonado c. Registrador de la Propiedad nº 4 de Albacete</i>

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN MATESANZ, I.M., "Sinopsis 53 Constitución Española", en *Congreso de los Diputados*, 2003, actualización de **SIEIRA MUCIENTES, S.**, 2011 (www.congreso.es).

ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, Munich, 2007, Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, Munich, 2009.

AFONSO RODRÍGUEZ, M.E., *Las arras en la contratación*, Barcelona, 1995.

AGÜERO ORTÍZ, A., "Nuevas medidas de protección a consumidores en materia hipotecaria introducidas por la Ley 20/2014 en el Código de Consumo de Cataluña", en *CESCO*, 2.3.2015 (www.uclm.es/centro/cesco).

AKANDJI-KOMBE, J-F., "Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme: Quelles perspectives pour les 10 prochaines années?", en *Seminario con motivo del 10º aniversario de la Carta revisada*, Estrasburgo, 3.5.2006 (www.coe.int).

AKERLOF, G.A., "The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", en *QJE*, Vol. 84, Iss. 3, 1970, pp. 488-500.

ÁLAMO GONZÁLEZ, D.P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias: el control judicial del equilibrio contractual*, Valencia, 2012.

ALBANESE, A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Nápoles, 2003.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la Europeización del derecho privado", en *RDPR*, nº 86, 2002, pp. 187-206.

--- "La necesaria influencia del derecho privado europeo en la propuesta", "La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea", en **ALBIEZ DOHRMANN, K.J.** (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 15-25, y pp. 194-238.

--- "Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación", en *DLL*, 17.10.2013, documento online.

--- “Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)”, en *RDC*, vol. II, nº 2, 2015, pp. 1-30 (www.nreg.es).

ALESSI, R., “Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse”, en *www.juscivile.it*, 7/2013, pp. 388-405.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

--- “Art. 1”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 97-141.

--- “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas”, en SALELLES CLIMENT, J.R./GUERRERO LEBRÓN, M.J./FUENTES DEVESA, R. (coords.), *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Valencia, 2010, pp. 219-240.

--- “La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30-IX-2010 sobre las cláusulas de «suelo» en los tipos de interés de los préstamos hipotecarios”, en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 19.10.2010.

--- “La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León sobre las cláusulas de suelo y techo”, en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 28.3.2011.

--- “La arriesgada vida de una Abogado General: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93”, en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 15.2.2012.

--- “La Sentencia del Tribunal de Justicia sobre intereses moratorios fijados por Ley”, en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 21.1.2015.

ÁLVAREZ LATA, N., “Compraventa de vivienda”, en BUSTO LAGO, J.M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, pp. 738-849.

--- “La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 4/2012, pp. 99-117 (www.revista.uclm.es).

ÁLVAREZ OLALLA, M.P., “Calificación del Registrador respecto a las cláusulas del préstamo hipotecario. Cobertura de intereses remuneratorios en hipoteca inversa y cláusulas de vencimiento anticipado”, en *AC-M*, nº 1/2011, BIB 2011\387.

--- “No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE”, en *AC-M*, nº 11/2013, BIB 2013\468.

ANDRÉS LLAMAS, M.A., “El método 365/360 de cálculo de intereses en contratos de préstamo con consumidores: una propuesta de control judicial de abusividad”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 11/2014, pp. 191-200 (www.revista.uclm.es).

ANTA GONZÁLEZ, J.M., “Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, en *DLL*, 27.1.2014, documento online (<http://diariolaley.laley.es>).

ARBESÚ GONZÁLEZ, V., “La subrogación del comprador de vivienda en la hipoteca del promotor-vendedor, comentario al artículo 1.14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios”, en *Saberes*, vol. 1, 2009, Separata.

ARELLANO GÓMEZ, F.J., “La dación en pago imperativa como una alternativa viable, no extravagante, a la insolvencia sobrevenida de un deudor de buena fe ante ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual”, en ARELLANO GÓMEZ, F.J./DÍAZ GÓMEZ, M.J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, pp. 51-93.

AZEREDO DA SILVEIRA, M., “Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en *NJCL*, 2/2005, pp. 1-50 (<http://njcl.utu.fi>).

BAIER, K., *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln: die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich*, Hamburgo, 2004.

BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999.

--- "Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado", en *RDM*, nº 256, 2005, pp. 501-596.

BALLUGERA GÓMEZ, C., "Los cambios tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Comentario a la STJUE de 14 marzo 2013 contra las cláusulas abusivas", en *www.notariosyregistradores.com*, 4.4.2013.

--- "Ejecución de hipoteca de vivienda: alegación de cláusulas abusivas, igualdad de medios de defensa y venta extrajudicial. Comentario al recurso de inconstitucionalidad del PSOE contra la Ley 1/2013, de 14 de mayo", en *www.notariosyregistradores.com*, 16.9.2013.

--- "Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general", en *DLL*, nº 8330, 11.6.2014, pp. 1-12.

--- "Si el interés de demora es abusivo no se puede moderar ni recalcular", en *www.notariosyregistradores.com*, 25.1.2015.

BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, 2004.

BANACLOCHE PALAO, J., "Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio", en *DLL*, 30.7.2013, documento online (<http://diariolaley.laley.es>).

BANCO DE ESPAÑA, "Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios", en *BOCG*, Senado, nº 457, de 7.5.2010, pp. 12-26.

--- *Memoria de Reclamaciones, 2013*, Madrid, 2014 (www.bde.es).

BAR-GILL, O. / BEN-SHAHAR, O., "Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law", en *CML Rev.*, vol. 50, nº 3, junio 2012, pp. 109-126 (<http://papers.ssrn.com>).

BAR-GILL, O. / WARREN, E., "Making Credit Safer", en *U. PA. L. Rev.*, Vol. 157, Iss. 1, 2008, pp. 1-101 (www.pennlawreview.com).

BARRES BENLLOCH, P. / EMBID IRUJO, J.M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de derecho contractual europeo* (edición española): *Partes I y II*, Madrid, 2003, y *Parte III*, Madrid, 2007.

BELINCHÓN ROMO, M.R., *La dación en pago en derecho español y derecho comparado*, Madrid, 2012.

BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a terceros*, Barcelona, 1993.

BELORGEY, J-M., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *RDPO*, nº 70, 2007, pp. 349-377.

BEN-SHAHAR, O., “The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law”, en *ERCL*, Vol. 5, Iss. 1, 2009, pp. 1-28.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “DA 1ª, 3: Art. 10 bis.1 LGDCU”, en **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.)**, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 753-769.

BLANDINO GARRIDO, M.A., “La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato”, en **ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (dir.)**, *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 239-296.

--- “Contenido y efectos de los contratos”, en **VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (coords.)**, *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, pp. 573-694.

BONIN, B., “Geltungserhaltende Reduktion”, en **DÄUBLER, W./BONIN, B./DEINERT, O.,** *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB*, Munich, 2014, pp. 138-145.

BONOME, M.G., *La Racionalidad en la toma de decisiones: Análisis la teoría de la decisión de Herbert A. Simon*, La Coruña, 2009.

BRANDNER, H.E., “Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen”, en *MDR*, 4/1997, pp. 312-315.

BRANDNER, H.E. / ULMER, P., “The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission”, en *CML Rev.*, Vol. 28, Iss. 3, 1991, pp. 647-662.

BUSTO LAGO, J.M., “Banca. Productos financieros, medios de pago bancarios y garantías hipotecarias”, en BUSTO LAGO, J.M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, pp. 1151-1329.

BUSTO LAGO, J.M. / PEÑA LÓPEZ, F., “Las estipulaciones contractuales predispuestas por el empresario en la relaciones de consumo: las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas”, en BUSTO LAGO, J.M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, pp. 163-232.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995.

CAFFARENA LAPORTA, J., “DA 1ª.6, cláusula 16”, “DA 1ª.6, cláusula 17”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 1187-1199.

CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato – ¿Incorrecta Transposición, opción legal o mentís jurisprudencial?*, Cizur Menor, 2006.

--- “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, en *CDT* vol. 3, nº 1, 2011, pp. 84-117 (www.uc3.es/cdt).

--- “Artículo 60. Información previa al contrato”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a los Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2011, pp. 483-510.

--- “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6/2013, pp. 98-115 (www.revista.uclm.es).

CANARIS, C.-W., “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung”, en *AcP*, vol. 200, No. 3-4, 2000, p. 273-364.

CANARIS, C.-W. / GRIGOLEIT, H.CH., “Interpretation of Contracts”, en HARTKAMP, A.S./HESSELINK, M.W./HONDIUS, E.H./MAK, CH./DU PERRON, C.E., (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 587-618.

Cañizares Laso, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.

--- “Efectos del endeudamiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa: mecanismos de protección del comprador. Especial referencia al Art. 1504 CC y la moratoria del pago de los RD 195/2008 y 97/2009”, en *CDJ*, nº 1/2009, pp. 421-461.

--- “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, en *RDC*, vol. II, nº 3, 2015, pp. 67-105 (www.nreg.es).

CAPOBIANCO, E., “Art. 36”, en CAPOBIANCO, E./PERLINGIERI, G., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Nápoles, 2009, pp. 200-207.

CARBALLO FIDALGO, M., “El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores”, en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006 (www.codigo-civil.info/nulidad).

--- “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, en *InDret*, 1/2010 (www.indret.com).

CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 6.3 Código Civil”, en ALBALADEJO, M./DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1, Madrid, 1992, pp. 769-842.

--- “Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores”, en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.), *La nulidad de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor, 2007, pp. 163-192.

--- *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2010.

--- “El «animus revertendi» de lo banal”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 50, 2013 (www.elnotario.es).

--- “La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación”, en *Centro de Estudios de Consumo*, 3.3.2014 (www.uclm.es/centro/cesco).

--- “¿Rescisión concursal de «sobregarantías»?”, en *Análisis GA&P*, abril 2015 (www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/analisis).

CARRASCO PERERA, A. / CORDERO LOBATO, E., “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7/2013, pp. 164-183 (www.revista.uclm.es).

CARRASCO PERERA, A. / CORDERO LOBATO, E. / GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 2003.

CARRASCO PERERA, A. / GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “La doctrina casacional sobre transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7/2013, pp. 126-163 (www.revista.uclm.es).

CASTILLA CUBILLAS, M., “Sobre la abusividad de las cláusulas de «suelo» hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España”, en *RAD*, nº 1/2011, BIB 2011\289.

--- “La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de junio de 2010, en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos”, en *RAD*, nº 9/2011, pp. 133-136.

CASTRONOVO, C., “Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive”, en *Eur. dir. priv.*, 1/1998.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., “Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo Derecho del contrato”, en *ASN*, t. Extra I, 1988, pp. 147-162.

--- *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, 2008.

CLAESSENS, S. / RATNOVSKI, L., “What is Shadow Banking?”, en *IMFWP* nº 14/15, 11.2.2014 (www.imf.org).

COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española*, Barcelona, 1997.

COMISIÓN EUROPEA (EUROPEAN COMMISSION), "Los servicios de interés general en Europa", en *DO C* 281, de 26.9.1996, pp. 3-12.

--- *The "Unfair Terms" Directive, five years on – Evaluation and future perspectives*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, 2000.

--- *Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, COM (2000) 248 final, Bruselas, 27.04.2000 (<http://eur-lex.europa.eu>).

--- "Los servicios de interés general en Europa", COM (2000) 580 final, Bruselas, 20.9.2000, en *DO C* 17, de 19.1.2001, pp. 4-23.

--- *Informe al Consejo Europeo de Laeken – Los servicios de interés general*, COM (2001) 598 final, Bruselas, 17.10.2001 (<http://eur-lex.europa.eu>).

--- "Un Derecho contractual europeo más coherente: plan de acción", COM (2003) 68 final, Bruselas, 12.2.2003, en *DO C* 63, de 15.03.2003, pp. 1-44.

--- *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, COM (2003) 270 final, Bruselas, 21.5.2003 (<http://eur-lex.europa.eu>).

--- *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, COM (2004) 374 final, Bruselas, 12.5.2004 (<http://eur-lex.europa.eu>).

--- "Libro Verde sobre revisión del acervo en materia de consumo", COM (2006) 744 final, Bruselas, 8.2.2007, en *DO C* 61, de 15.3.2007, pp. 1-23.

--- *Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, COM (2007) 447 final, Bruselas, 25.7.2007 (<http://ec.europa.eu>).

--- *Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, COM (2010) 348 final, Bruselas, 1.7.2010 (<http://eur-lex.europa.eu>).

--- *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, Bruselas, 3.5.2011 (<http://ec.europa.eu>).

--- *European Contract Law, Work in Progress, Version of 19 August 2011*, Bruselas, 19.8.2011 (<http://ec.europa.eu>).

--- *Libro Verde – El sistema bancario en la sombra*, COM (2012) 102 final, Bruselas, 19.3.2012 (<http://ec.europa.eu>).

--- ANNEX to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Commission Work Programme 2015. *A New Start*, Estrasburgo, 16.12.2014, COM(2014) 910 final, ANNEX 2 (<http://ec.europa.eu>).

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN – SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, “Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, enero 2009 (www.mjusticia.gob.es).

--- “Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, enero 2009, Suplemento.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN – SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL, *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Madrid, 2013.

CONWAY, L., “Consumer Rights Act 2015”, en CBP, nº SN6588, 1.10.2015 (<http://researchbriefings.parliament.uk>).

CÓRDOBA BUENO, M., *Fundamentos y práctica de las matemáticas financieras*, Madrid, 2009.

CORTADA CORTIJO, N., “Interpretación”, en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, pp. 547-572.

COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955.

CRISCUOLI, G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milán, 1959.

CUENCA ANAYA, F., “El consumidor de bienes inmuebles”, en *ASN*, t. VI, 1992, pp. 9-34.

CUENCA ANTOLÍN, D., “El orden público y la justicia contractual”, en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Vol. II, Valencia, 1996, pp. 605-626.

DANNEMANN, G. / VOGENAUER, S., “Introduction: The European Contract Law Initiative and the ‘CFR in Context’ Project”, en DANNEMANN, G./VOGENAUER, S. (eds.), *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013, pp. 1-20.

D'ADDA, A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padua, 2008.

--- “Giurisprudenza comunitaria e 'massimo effetto utile per il consumatore': nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez.1., 14 giugno 2012, n.C-618/10)”, en *I Contratti*, 2/2013, pp. 16-31.

--- “Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva”, en *Diritto Civile Contemporaneo*, 1/2014 (<http://dirittocivilecontemporaneo.com>).

D'AMICO, G., “Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)”, en PAGLIANTINI, S. (ed.), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, pp. 1-26.

DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, 1971, reimpr., Madrid, 1985.

--- *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975.

DE LA TORRE DÍAZ, F., “La fiscalidad de las SGA y de la SAREB y sus efectos en el saneamiento de activos inmobiliarios del sistema financiero español”, en *CdF*, vol. 19/2015, pp. 201-213 (www.ief.es).

DE VRIES, G.J.P., “Are The Principles Of European Contract Law better than Dutch Contract Law?”, en HESSELINK, M.W./DE VRIES, G.J.P., *Principles of European Contract Law*, La Haya, 2001, pp. 107-187.

DE WITTE, B., "Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order", en **CRAIG, P./DE BÚRCA, G.** (eds.), *The evolution of EU Law*, Oxford, 2011, pp. 323-361.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. / PARRA LUCÁN, M.A., *De las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003 (www.unizar.es).

DELGADO RAMOS, J., "La reforma del artículo 693 LEC por la Ley 1/2013", en www.notariosyregistradores.com, enero 2014.

DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *New bill will strengthen consumer rights*, Press Releases, 19.9.2011 (<http://news.bis.gov.uk>).

--- *Enhancing consumer confidence through effective enforcement: consultation on consolidating and modernising consumer law enforcement powers*, 28.3.2012 (www.gov.uk/government/consultations).

--- *Enhancing consumer confidence by clarifying consumer law: consultation on the supply of goods, services and the digital content*, 13.7.2012 (www.gov.uk/government/consultations).

--- *Civil enforcement remedies: consultation on extending the range of remedies available to public enforcers of consumer law*, 5.11.2012 (www.gov.uk/government/consultations).

--- *Consumer Rights Bill: Table of responses to consultations*, BIS/13/911, junio 2013 (www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill).

--- *Draft Consumer Rights Bill*, BIS/13/925, Cm 8657, 12.6.2013 (www.gob.uk/government/publications/consumer-rights-bill).

--- *Explanatory Notes – Consumer Rights Act 2015*, 26.3.2015 (www.legislation.gov.uk).

DI MARZIO, F., *La nullità del contratto*, Padua, 2008.

DÍAZ ALABART, S., "Comentario al artículo 10.1.c) de la LGDCU", en **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R./SALAS HERNÁNDEZ, J.** (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 246-312.

--- "La cláusula penal y las arras", en *CDJ*, t. XXI, 1993, pp. 283-304.

--- "Las arras (y II)", en *RDPR*, nº 80, feb. 1996, pp. 83-112.

---- (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, 2015.

DÍAZ CADÓRNIGA, J., "La peligrosa distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado", en *www.notariosyregistradores.com*, 29.6.2009.

DÍAZ FRAILE, J.M., "Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica", en *RCDI*, nº 732, 2012, pp. 1845-1905.

DÍAZ GÓMEZ, M.J., "Los poderes del Estado en la conformación de la propiedad privada a la luz práctica del Tribunal europeo de derechos humanos", en ARELLANO GÓMEZ, F.J./DÍAZ GÓMEZ, M.J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, pp. 329-347.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda", en *AC*, nº 14/2005, BIB 2005\2025.

DIÉGUEZ OLIVA, R., "La reserva por parte del predisponente de facultades de modificación unilateral del contrato", en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 105-126.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Cizur Menor, 2005.

--- "La propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (una presentación)", en *BMJ*, nº 2130, abril 2011 (www.mjusticia.es/bmj).

DOMÍNGUEZ ROMERO, J., "La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor: ¿fin de una controversia? A propósito de la Sentencia TJUE, Sala 1ª, de 3 de junio de 2010 y la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores", en *RdP* nº 27, 2011, pp. 155-176.

--- "El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés", en *RdP* nº 29, 2012, pp. 829-864.

DOMÍNGUEZ ROMERO, J./INFANTE RUIZ, F.J., "Foreclosure System in Spain. About the Judgment of the European Court of Justice, 1st Chamber, 14 March 2013 (C-415/11)", en *GPR*, 6/2013, pp. 347-354.

DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, 1920, reimpresión en Pamplona, 2006.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores", en *EC*, nº 3, 1984, pp. 50-84.

--- "Consideraciones introductorias sobre la directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria", en POLO DÍEZ, A. (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, vol. I, Madrid, 1994, pp. 651-674.

--- "Las cláusulas abusivas en contratos de consumo", en NIETO CAROL, U. (coord.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 459-502.

DURANY PICH, S., "Arts. 5 y 7", en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 264-335.

EBERS, M., "La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002", en *ADC*, vol. 56, 4/2003, pp. 1575-1608.

--- "Unfair Contract Terms Directive (93/13)", en SCHULTE-NÖLKE, H./TWIGG-FLESNER, C./EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munich, 2008, pp. 197-261.

--- "De la armonización mínima a la armonización plena" (trad. de ARROYO I AMAYUELAS, E.), en *InDret*, 2/2010 (www.indret.com).

--- "El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional", en *InDret*, 1/2012 (www.indret.com).

EMPARANZA SOBEJANO, A., "La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español", en *RDM*, nº 213, 1994, pp. 461-504.

ESPINA FERNÁNDEZ, S., "La exigencia del pago del Impuesto Municipal sobre la plusvalía a los compradores de vivienda como cláusula abusiva", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº 15/2005, Pamplona, BIB 2005\2335.

ESTEBAN RIBERO, J.S., “La subrogación del comprador en el denominado préstamo promotor”, en *www.elderecho.com*, 1.10.2014.

FARBER, D.A. / FRICKEY, P.P., *Law and Public Choice. A Critical Introduction*, Chicago, 1991.

FARIA, J.E., *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, 2001.

FASTRICH, L., *Recherliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, Munich, 1992.

FAUVARQUE-COSSON, B. / MAZEAUD, D. (cords.), *Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence*, coll. «Droit privé comparé et européen», vol. 7, Paris, 2008.

FENOY PICÓN, N., “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, en *ADC*, vol. 63, 1/2010, pp. 47-136.

--- “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, en *ADC*, vol. 64, 4/2011, pp. 1481-1684.

FERRER RIBA, J., “DA 1ª, cláusula 2ª”, en **ALFARO ÁGUILA-REAL, J.** (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 990-1007.

FERRONI, L., *Saggi di diritto civile*, Pesaro-Urbino, 2003.

FINANCIAL STABILITY BOARD, *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation*, Basilea, 27.10.2011 (www.financialstabilityboard.org).

FREDERICK, S. / LOWENSTEIN, G. / O'DONOGHUE, T., “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”, en *JEL*, Vol. XL, junio 2002, pp. 351-401.

GANDOLFI, G. (coord.), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, Milán, 2002, *Livre deuxième – 1*, Milán, 2007, y *Livre deuxième – 2*, Milán, 2008.

GARCÍA PÉREZ, R.M., “Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho Privado Europeo”, en **ALBIEZ DOHRMANN, K.J.** (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 330-368.

GARCÍA RUBIO, M.P., “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil”, en *RDC*, vol. I, nº 1, 2014, pp. 7-27 (www.nreg.es).

GARCÍAS DE ESPAÑA, E., “Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior”, en *AC-M*, nº 10/2013, BIB 2013\59.

GENTILI, A., “L'inefficacia delle clausole abusive”, en *Riv. dir. civ.*, 1/1997, pp. 403-438.

--- “La «nullità di protezione»”, en *Eur. dir. priv.*, 1/2011, pp. 77-119.

GIMÉNEZ COSTA, A., “II.-1:108: Invalidez parcial o ineficacia”, “II.-1:109: Condiciones Generales de la contratación”, “II.-1:110: Cláusulas no negociadas individualmente”, en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, pp. 110-135.

GIMENO SENDRA, V., “Las cláusulas abusivas”, Conferencia pronunciada el 23.5.2013 en el Consejo General de la Abogacía Española dentro del plan de formación continua organizado por Wolters Kluwer, recogida en *DLL*, nº 8116, 1.7.2013, pp. 1-7.

GIOIA, G., “Nuove nullità relative a tutela del contraente debole”, en *Contr. e impr.*, 3/1999, pp. 1332-1364.

GIROLAMI, M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padua, 2008.

GOLDBERG, V.P., “Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand”, en *JLE*, Vol. 17, No. 2, 1974, pp. 461-492 (www.jstor.org/stable/724901).

GOMÁ LANZÓN, F., “Análisis y crítica de la orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 40, 8.12.2011 (www.elnotario.es).

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, en *REDUE*, nº 26, 1/2014, pp. 313-328.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “La contratación inmobiliaria con consumidores”, en *CESCO*, 2008 (www.uclm.es/centro/cesco).

--- “Cláusula sorpresiva incorporada a la escritura de venta por la que el adquirente de vivienda declara conocer y asumir el importe de la deuda generada por el consumo de suministros energéticos de los anteriores propietarios”, en *CESCO*, marzo 2010 (www.uclm.es/centro/cesco).

GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.J., “La Ciudad en Clave de Riesgo: El Derecho a la Seguridad o la Obsesión por Ella”, en ROSILLO MARTÍNEZ, A. *et al.*, *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Porto Alegre, 2008, pp. 443-466.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 139-192.

--- “Cláusulas no negociadas individualmente”, “Artículo 83”, “Artículo 85”, “Artículo 87”, “Artículo 89”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, pp. 883-947, pp. 981-1062, pp. 1082-1101, y pp. 1111-1151.

--- “Análisis de la STS de 16 de diciembre de 2009”, en *CESCO*, *Estudios de los ponentes del meeting “Nuevos retos del Derecho de Consumo: prácticas comerciales desleales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria”*, Cuenca, 26 y 27 de octubre de 2010 (www.uclm.es/centro/cesco).

GORDILLO CAÑAS, A., “La nulidad parcial del contrato con precio ilegal”, en *ADC*, vol. 28, 1/1975, pp. 101-204.

--- “Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)”, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 935-983.

GROSSI, P., *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, 1986.

GROSSI, P. / LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Propiedad: otras perspectivas*, Madrid, 2013.

GUIGLIA, G., “El derecho a la vivienda en la Carta Social: a propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *RDPO*, nº 82, 2011, pp. 543-578.

HALL, H., “The Application of the Directive to the Public Services” en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 2, pp. 113-121. Trabajos de la Conferencia *The Directive on “Unfair Terms”, five years later – Evaluation and future perspectives*, organizada por la Comisión Europea y celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999 (<http://ec.europa.eu>).

HALL, H. / TIXADOR, C. (eds.), *Application de la Directive 93/13 aux prestations de service public – Rapport de synthèse*, Paris, 1997.

HERNÁNDEZ GIL, F., *Las arras en el derecho de la contratación (en torno al artículo 1454 del Código Civil)*, Salamanca, 1958.

HERRERA FLORES, J., “Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales”, en SÁNCHEZ RUBIO, D./HERRERA FLORES, J./DE CARVALHO, S. (orgs.), *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*, Porto Alegre, 2010, pp. 72-109.

HESELINK, M.W., “Unfair Terms in Contracts Between Businesses”, en SCHULZE, R./STUYCK, J. (eds.), *Towards a European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 131-148.

HIJMA, J., “Art. 4:110”, en BUSCH, D./HONDIUS, E./VAN KOOTEN, H.J./SCHELHAAS, H.N./SCHRAMA, W.M. (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, La Haya, 2002, pp. 214-217.

HOWELLS, G. / WILHELMSSON, T., *EC Consumer Law*, Farnham, 1997.

HUALDE MANSO, T., “Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria”, en *AC-M*, nº 2/2013, BIB 2013\904.

--- “Pago de plusvalía en la venta de inmuebles y abusividad”, en *AC-M*, nº 3/2014, BIB 2014\1537.

von HUMBOLDT, W., *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, Breslau, 1851; últ. ed. en Stuttgart, 2010.

INFANTE RUIZ, F.J., “Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución”, en *RdP*, nº 8, 2002, pp. 153-172.

--- “La exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto: a propósito de la Sentencia TJCE, Sala 1ª, de 9 de septiembre de 2004”, en *RdP* nº 15, 2005, pp. 159-173.

--- “¿Qué ocurre cuando el legislador se confía frente a una directiva? Exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto de las condiciones generales”, en *RFDUG* nº 9, 2006, pp. 469-493.

--- “Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo, en *InDret*, 2/2008 (www.indret.com).

--- *Contrato y término esencial. Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, 2008.

--- “La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria”, en PARRA LUCÁN, M.A. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, pp. 217-269.

INFANTE RUIZ, F.J. / OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, en *InDret*, 3/2009 (www.indret.com).

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, 3ª ed., Roma, 2010.

JANSEN, N. / ZIMMERMANN, R., “‘A European Civil Code in All But Name’: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference”, en *CLJ*, vol. 69, 1/2010, pp. 98-112.

JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, 1996-1999, pp. 439-529.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio”, en *RCDI*, nº 724, 2011, pp. 1159-1181.

JOOST, D., “Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, en *ZIP*, 40/1996, pp. 1685-1693.

JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992.

JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M., *Todo transmisiones 2014*, Valencia, 2014.

KAPNOPOULOU, E.N., *Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union*, Tubinga, 1997.

KESSLER, F., “Contracts of Adhesion–Some Thoughts about Freedom of Contract”, en *Col. L. Rev.*, nº 43, 1943, pp. 629-642 (accesible en *Faculty Scholarship Series. Paper 2731*).

KODRES, L.E., “What is Shadow Banking? – Many financial institutions that act like banks are not supervised like banks”, en *F&D*, 2013, vol. 50, nº 2, pp. 42 y 43 (www.imf.org).

KOKOTT, J., *Conclusiones en el Asunto C-415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, Luxemburgo, 8.11.2012 (ECLI:EU:C:2012:700).

--- *Conclusiones en el Asunto C-32/12, Soledad Duarte Hueros contra Autociba, S.A., y Automóviles Citroën España, S.A.*, Luxemburgo, 28.2.2013 (ECLI:EU:C:2013:128).

KOTHARI, M., “Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari : addendum : mission to Spain”, en *UN Human Rights Council, A/HRC/7/16/Add.2*, 7.2.2008 (www.ohchr.org).

KÖNDGEN, J., “§ 7 Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts en Riesenhuber”, en **RIESENHUBER, K.** (ed.), *Europäische Methodenlehre*, Berlín, 2010, pp. 189-223.

LAMARCA I MARQUÉS, A., “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, en *InDret*, 1/2002 (www.indret.com).

LANDO, O., “Le clausole contrattuali ingiuste nel diritto dei paesi nordici”, en **BIANCA, C.M.** (dir.), *Le condizioni generali di contratto*, Milán, 1979, pp. 261-268.

--- “Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium”, en *Sc.St.L.*, nº 40, 2000, pp. 343-401.

--- "On a European Contract Law for Consumer and Business – Future Perspectives", en SCHULZE, R./STUYCK, J. (eds.), *Towards an European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 203-214.

LANDO, O. / BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II, Combined and Revised*, La Haya, 2000.

LANDO, O. / CLIVE, E. / PRÜM, A. / ZIMMERMANN, R. (eds.), *Principles of European Contract Law: Part III*, La Haya, 2003.

LARROUMET, Ch., *Droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, París, 1990.

LASARTE ÁLVAREZ, C., "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)", en *RDPR*, nº 64, 1980, pp. 50-78.

LAUROBA LACASA, M.E., "La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", en BARRAL VIÑALS, I./TORNOS MAS, J. (dirs.), *Vivienda y crisis: ensayando soluciones*, Barcelona, 2015, pp. 217-233.

LEFF, A.A., "Contract as thing", en *Am. U. L. Rev.*, Vol. 19, No. 2, 1970, pp. 131-157 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2827).

LEHMANN, M., "Derecho privado europeo. ¿Un Derecho opcional?", en *NUE*, nº 320, 2011, pp. 3-12.

LYCZKOWSKA, K., "Sentencia de 12 de diciembre de 2011. La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato", en *CCJC*, nº 89, 2012, pp. 551-570.

LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Valencia, 2002.

LLOPIS BENLLOCH, J.C., "Las declaraciones de obra nueva. Modalidades y requisitos. Las actas de finalización de obra", en *www.notariosyregistradores.com*, 23.4.2008.

LOOS, M., "Scope and Application of the Optional Instrument", en *CSECL – WPS*, 2011/09, 20.7.2011 (<http://papers.ssrn.com>).

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente”, en *DLL*, 31.10.2014, documento online (<http://diariolaley.laley.es>).

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988.

--- “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, en *QF*, vol. 25, 1996, pp. 409-466.

--- “El derecho de propiedad. Una *relectio*”, en *ADC*, vol. 51, 4/1998, pp. 1637-1691.

--- “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, en MOLINA NAVARRETE, C./MONEREO PÉREZ, J.L./MORENO VIDA, M.N. (coords.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, pp. 249-285.

--- *Derecho Civil Constitucional*, Sevilla, 2015.

LUQUE JIMÉNEZ, M.C., “La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 146-160.

MAJELLO, U., “La patologia discreta del contratto annullabile”, en *Riv. dir. civ.*, vol. 49, nº 4, 2003, pp. 329-356.

MANCINI, G.F., “The Making of a Constitution for Europe”, en *CML Rev.*, vol. 26, nº 4, 1989, pp. 595-614.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “La voluntad virtual del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5/2013, pp. 35-43 (www.revista.uclm.es).

MARIÑO PARDO, F.M., “Obligaciones del vendedor”, en www.franciscomarinpardo.es, 11.11.2014.

--- “La declaración de obra nueva. Doctrina de la DGRN”, en www.iurisprudente.com, 18.12.2014.

--- “El ajuste de la división horizontal a la declaración de obra nueva. El artículo 53.a del Real Decreto 1093/1997. La división horizontal de la vivienda unifamiliar y otros

supuestos. La Resolución DGRN de 3 de octubre de 2014", en *www.iurisprudente.com*, 3.1.2015.

--- "La división horizontal, la propiedad horizontal tumbada y los complejos inmobiliarios. ¿Está sujeta a licencia la división horizontal? Las Resoluciones de 21 de enero de 2014, 3 de octubre de 2014 y 17 de octubre de 2014", en *www.iurisprudente.com*, 13.1.2015.

MARTHINUSSEN, H.F., "Unfair Contract Terms", en PLAZA PENADÉS, J./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham, 2015, pp. 93-110.

MARTÍN VALDIVIA, S.M., "El decreto-Ley andaluz de vivienda 6/2013, ¿romanticismo, propaganda o función social legítima?", en *RUE*, nº 28, 2013, pp. 67-98.

MARTÍNEZ ROSADO, J., "La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado", en *RDBB*, nº 106, 2007, pp. 133-165.

MATEOS FERRES, M., "Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013", en *RAD*, nº 5/2013, pp. 163-169.

MCGREGOR, H., *Contract Code: Drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milán, 1993.

MEDINA ALCOZ, M., "Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference", en *InDret*, 4/2011 (www.indret.com).

MENDOZA LOSANA, A.I., "Control de condiciones generales de la contratación en sectores regulados. En particular, la cláusula que permite la modificación unilateral de los precios", en *CESCO*, mayo 2013 (www.uclm.es/centro/cesco).

MEZZASOMA, L., "Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano", en *Vniversitas*, nº 128, 2014, pp. 173-198.

MICKLITZ, H.-W., "Obligation of Clarity and Favourable Interpretation to the Consumer (Art.5)", en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 4, pp. 158-171. Trabajos de la Conferencia *The Directive on "Unfair Terms"*,

five years later – Evaluation and future perspectives, organizada por la Comisión Europea y celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999 (<http://ec.europa.eu>).

--- *The Politics of Judicial Co-operation in the EU – Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge, 2005.

--- “The Proposal on Consumer Rights and the Opportunity for a Reform of European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts”, en *EUI – LWP*, 2010/12, agosto 2010 (<http://cadmus.eui.eu>).

--- “An Optional Law on Off-premises, Distance Sales and Unfair Terms for European Bussines ans Consumers?”, en MICKLITZ, H.-W./REICH, N., “The Commission Proposal for a 'Regulation on a Common European Sales Law (CESL)' – Too Broad or Not Broad Enough?”, *EUI – LWP*, 2012/04, febrero 2012, pp. 39-65 (<http://cadmus.eui.eu>).

MICKLITZ, H.-W. / REICH, N., “Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a Directive on consumer rights”, en *CML Rev.*, vol. 46, nº 2, abril 2009, pp. 471-519.

--- “The Commission Proposal for a 'Regulation on a Common European Sales Law (CESL)' – Too Broad or Not Broad Enough?”, en *EUI – LWP*, 2012/04, febrero 2012 (<http://cadmus.eui.eu>).

MÍNGUEZ JIMÉNEZ, F., “Comentarios a las consultas emitidas por la Dirección General de Tributos”, Febrero 2004, en www.notariosyregistradores.com.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Art. 8”, “DA 1ª.3”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 428-482, y pp. 893-964.

--- “La nulidad de las condiciones generales”, en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006 (www.codigo-civil.info/nulidad).

--- “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, en ARELLANO GÓMEZ, F.J./DÍAZ GÓMEZ, M.J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, pp. 19-47.

MIRANDA SERRANO, L. / PAGADOR LÓPEZ, J., “Integración contractual de condiciones generales y cláusulas predispuestas abusivas: el Tribunal de Justicia de la UE ha

debido ser más claro en esta materia. (A propósito de las SSTJUE en los asuntos C-618/10, de 14 de junio de 2012, y C-397/11 y C-488/11, de 30 de mayo de 2013)", en *www.ccopyme.org*, 11.12.2013.

MONTICELLI, S., "Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c.)", en *Rass. dir. civ.*, 3/1997, pp. 565-577.

--- "Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio", en *www.associazionecivilisti.it, Articoli e Saggi*, 25.11.2009, estudio encargado por el *Consiglio Nazionale del Notariato* y publicado en la revista que dirige, *Studi e Materiali*, 3/2009, pp. 975-993.

MONTOYA MATEOS, P., *Gestión de promociones inmobiliarias*, Madrid, 2004.

MORALEJO IMBERNON, N.I., "Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1ª.V.22ª LGDCU", en *BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 1171-1203.

MORALES MORENO, A.M., "El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por falta de pago", en *DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord.), Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Cizur Menor, 2014, vol. II, pp. 1957-1993.

MORENO SERRANO, B., "Tributos. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Transmisión de vivienda. Obligado tributario. Comentario a la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014: Europa da la razón al comprador que asumió el pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana", en *La Administración Práctica*, nº 4/2014, versión electrónica, BIB 2014\1561.

MORRONDO MARTÍN, M.A., "La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas", en *BOTANA GARCÍA, G./RUÍZ MUÑOZ, M. (coords.), Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, pp. 321-349.

MUÑOZ GUIJOSA, M.A., *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Cizur Menor, 2009.

MURILLO VILLAR, A., "Anatocismo. Historia de una prohibición", en *AHDE*, nº 69, 1999, pp. 497-518.

MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, 2012.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A., "La regulación neoliberal y la ruina del Estado social. La cuestión de la vivienda en España", en ARELLANO GÓMEZ, F.J./DÍAZ GÓMEZ, M.J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, pp. 309-325.

NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, 1974.

O'CALLAGHAN, X., "Condiciones generales de los contratos y las clausulas abusivas" (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril), en *EC*, nº 54, 2000, pp. 115-143.

OFFICE OF FAIR TRADING, *Unfair Contract Terms Bulletin*, Iss. 8, OFT 291, Londres, diciembre 1999 (www.oft.gov.uk).

--- *Unfair contract terms guidance*, OFT 311, Londres, septiembre 2008 (www.oft.gov.uk).

--- *Unfair terms in consumer contracts: a new approach? OFT response to the Law Commission Issues Paper*, OFT 1465, Londres, noviembre 2012 (www.oft.gov.uk).

OLEO BANET, F., "Art. 4", en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 230-263.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", en *RDC*, vol. I, nº 3, 2014, pp. 37-66 (www.nreg.es).

ORDÁS ALONSO, M., "La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo", en *AC*, nº 9/2009, BIB 2009\758.

--- "La difícil interpretación de la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5/2013, pp. 44-55 (www.revista.uclm.es).

ORDUÑA MORENO, F.J., “Condiciones generales, control de transparencia e ineficacia contractual”, “Condiciones generales, control de transparencia, integración contractual y cumplimiento o ejecución del contrato”, en **ORDUÑA MORENO, F.J./SÁNCHEZ MARTÍN, C./GUILLÉN CATALÁN, R.**, *Control de Transparencia y Contratación Bancaria*, Valencia, 2016 (libro electrónico), pp. 91-158.

OROZCO PARDO, G., “Protección de los consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”, en *AC-M*, nº 10/2002, BIB 2002\1287.

ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario al artículo 13”, en **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R./SALAS HERNÁNDEZ, J.** (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 397-423.

PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998.

--- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999.

PAISANT, G. / CARBALLO FIDALGO, M., “Première interprétation par la CJCE de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives”, en *JCP. G*, nº 15-16, 2001, pp. 768-772.

PALACIOS LLERAS, A., “The consent theory critique and standard form contracts in civil law, with special reference to law and economics”, en *works.bepress.com*, dic. 2011.

PALAU RAMÍREZ, F., “Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido”, en *AC-M*, nº 5/2011, BIB 2011\1062.

PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997.

--- “Cláusulas abusivas: nulidad de la cláusula, validez del contrato. Constitucionalidad de las normas que ordenan la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores”, (Comentario a la STS de 7 de julio de 1999), en *CCJC*, nº 51, 1999, pp. 1299-1306.

--- “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos”, “DA 1ª, 3: Art. 10 bis.2 LGDCU”, en **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.** (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 271-312, y pp. 771-794.

PAZOS CASTRO, R., “El objeto principal de un contrato de préstamo expresado en divisas, la transparencia de sus cláusulas y la integración contractual. Comentario a la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai)”, en *Boletín CeDeUsC*, Comentario 5/2014 (<http://revistas.usc.es/boletincede>).

PERDICES HUETOS, A.B., “Art. 10”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 519-547.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., “La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas”, en *RdP* nº 39, 2016, BIB 2016\670.

PÉREZ CONESA, C., “Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, en *AC-M*, nº 4/2013, pp. 39-47.

PÉREZ HEREZA, J., “Propuestas notariales de protección al deudor hipotecario”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 41, 1.2.2012 (www.elnotario.es).

PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Madrid, 2013.

PERLINGIERI, P., “Nuovi profili del contratto”, en *Rass. dir. civ.*, 3/2000, pp. 545-571.

--- “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, en *Rass. dir. civ.*, 2/2001, pp. 334-356.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales”, en *AC*, nº 17, 2003, pp. 15-29.

--- *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, 2004.

--- “Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda”, en *Estudios sobre Consumo*, nº 77, 2006, pp. 23-38.

--- “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *AC-M*, nº 9/2011, BIB 2011\840.

--- “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, 3/2013 (www.indret.com).

PFEIFFER, T., “Kommentierung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, en GRABITZ, E./HILF, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, vol. IV, Munich, 2009, Teil A 5.

--- “Non-negotiated terms”, en SCHULZE, R. (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2009, pp. 183-194.

PFEIFFER, T. / EBERS, M., Art. 6:101-6:306 (Non-Negotiated Terms), en ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Munich, 2007, pp. 213-253; id. *Contract II*, Munich, 2009, pp. 297-337.

PISARELLO PRADOS, G., “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, en RCDP, nº 38, 2009, versión electrónica (www.rcdp.cat).

PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, en DLL, nº 8112, 2013, pp. 11-17.

POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Madrid, 1980.

POZSAR, Z. / ADRIAN, T. / ASHCRAFT, A. / BOESKY, H., “Shadow Banking”, en *EPR*, vol. 19, nº 2, 2013, pp. 1-16.

QUESADA GONZÁLEZ, M.C., “Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional”, en AC-M, nº 14/2003, BIB 2003\1300.

RADIN, M.J., “Human, Computers and Binding Commitment”, en *Ind. L.J.*, Vol. 75, Iss. 4, 2000, pp. 1125-1161 (www.repository.law.indiana.edu).

RAMOS CHAPARRO, E., *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Sevilla, 1999.

RAMSAY, I., *Consumer Law and Policy*, Oxford, 2007.

REBOLLEDO VARELA, A.L., “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por el incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado”, en AC-M, nº 6/2005, BIB 2005\1096.

REMY-CORLAY, P., “L’influence du droit communautaire sur l’office du juge”, en *RTDciv.*, 4/2009, pp. 684-692.

REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, 1994.

REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Valencia, 1993.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Arras: Una construcción jurisprudencial”, en *RGD*, nº 594, 1994, pp. 1701-1719.

RODOTÁ, S., *El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., “La STJUE 17 julio 2014 y la posibilidad de recurso en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, en *RAD*, nº 6/2014, BIB 2014\3353.

--- “Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?”, en *RAD*, nº 6/2015, BIB 2015\1834.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLIVA, A., “La crisis de la plusvalía municipal: especial referencia a las ejecuciones hipotecarias”, en *www.elderecho.com*, 1.6.2013.

ROJAS ABASCAL, T. / PORTILLO CABRERA, E., “El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo de 2013 y análisis de la jurisprudencia dictada con posterioridad”, en *RAD*, nº 5/2014, pp. 151-160.

ROPPO, V., “The Definition of «Unfairness»: The Application of Art. 3(1), 4(1) – and of the Annexes of the Directive”, en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 3, pp. 132-143. Trabajos de la Conferencia *The Directive on “Unfair Terms”, five years later – Evaluation and future perspectives*, organizada por la Comisión Europea y celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999 (<http://ec.europa.eu>).

ROTT, P. / TERRY, E., “The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No single Set of Rules”, en *ZEUP*, 3/2009, pp. 456-488.

ROVIRA PEREA, J., “Cancelaciones obligaciones y reales tras la reforma de la Ley 2/1994”, en *www.notariosyregistradores.com*, 4.3.2008.

RUIZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”, en *RDPR*, nº 59, may. 1975, pp. 374-412.

SABORIDO SÁNCHEZ, P., "Cláusula de declaración de conformidad por el comprador sobre el bien inmueble, en contrato de compraventa con condiciones generales", en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 161-179.

SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B., "Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria", en *REDUR*, nº 1, 2003, pp. 205-223 (www.unirioja.es).

SAGGIO, A., *Conclusiones en los Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98*, Océano Grupo Editorial, S.A. contra Rocío Murciano Quintero; Salvat Editores, S.A. contra José M. Sánchez Alcón Prades et al., Luxemburgo, 16.12.1999 (ECLI:EU:C:1999:620).

SAIDOV, D., "Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles", en *Unif. L. Rev.*, vol. 11, 4/2006, pp. 795-822 (<http://ulr.oxfordjournals.org>).

SALAZAR, D.F., "Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos de Adhesión", en *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, California, 6.1.2006 (<http://escholarship.org/uc/item/3mk2r7vb>).

SALOP, S. / STIGLITZ, J., "Bargains and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion", en *Rev. Econ. Stud.*, Vol. 44, No. 3, 1977, pp. 493-510 (www.jstor.org/stable/2296903).

SALVADOR CODERCH, P., "Art. 6.2", en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 384-408.

--- "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", en *InDret*, 4/2009 (www.indret.com).

SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *La resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ ARISTI, R., "DA 1ª. IV. 18ª LGDCU", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 1103-1123.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., "El precontrato inmobiliario", en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 71-77.

SÁNCHEZ LÓPEZ, B. / Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Art. 9", en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 483-518.

SÁNCHEZ MARTÍN, C., "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria", en *DLL*, nº 8112, 2013, pp. 1-4.

SANZ VIOLA, A.M., *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994.

SAZARÁ JIMENA, R., "La nulidad en los contratos de adhesión", en FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial, El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, Madrid, 1994, pp. 11-57.

--- "La ley sobre condiciones generales de contratación", en *Jueces para la democracia*, nº 32, 1998, pp. 50-57.

SCHILLIG, M., "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal Paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", en *EL Rev.*, vol. 33, 2008, pp. 336-358.

--- "Directive 93/13 and the «price term exemption»: a comparative analysis in the light of the "market for lemons" rationale", en *ICLQ*, Vol. 60, Iss. 4, 2011, pp. 933-963.

--- *Study on the Unfair Terms Directive across Europe*, Londres, 2013 (www.oft.gov.uk).

SCHMIDT, H., *Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Heidelberg, 1986.

SCHMIDT-SALZER, J., "Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)", en PFEIFFER, G./KUMMER, J./SCHEUCH, S. (eds.), *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, Colonia, 1996, pp. 259-278.

SCHULTE-NÖLKE, H. / BUSCH, CH., “Art. 1:101”, en ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Munich, 2007, pp. 17-22; id. *Contract II*, Munich, 2009, pp. 49-54.

SILLERO CROVETTO, B., “El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 21-51.

SIMON, H.A., “A Behavioral Model of Rational Choice”, en *QJE*, Vol. 69/1, 1955, pp. 99-118 (<http://qje.oxfordjournals.org/content/69/1/99.full.pdf>).

--- “Rationality in Psychology and Economics”, en *J. Bus.*, Vol. 59/4, Part. 2, 1986, pp. 209-224 (www.jstor.org/stable/i340501).

SERRA RODRÍGUEZ, A., “La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 202-232.

--- “Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo”, en *BMJ*, nº 2153, 2013 (www.mjusticia.es/bmj).

SERRANO ALBERCA, J.M., *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Cizur Menor, 2009.

SOLER PASCUAL, L.A., “¿Son abusivas las cláusulas suelo que se constituyen en algunas hipotecas?”, en *BCI*, nº 85, dic. 2011, EDB 2011/288179.

SUÁREZ PINILLA, J.I., “La escritura pública e inscripción registral de la obra nueva. Especial referencia a la normativa de Andalucía”, en www.notariosyregistradores.com, mayo 2012.

SZPUNAR, M., *Conclusiones en el Asunto C-49/14, Finanmadrid EFC, S.A., contra Jesús Vicente Albán Zambrano et al.*, Luxemburgo, 11.11.2015 (ECLI:EU:C:2015:746).

--- *Conclusiones en el Asunto C-421/14, Banco Primus, S.A. contra Jesús Gutiérrez García*, Luxemburgo, 2.2.2016 (ECLI:EU:C:2016:69).

THE LAW COMMISSION / THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts*, LAW COM n° 292, SCOT LAW COM n° 199, Cm 6464, SE/2005/13, 24.2.2005 (<http://lawcommission.justice.gov.uk>).

--- *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, 25.7.2012, (<http://lawcommission.justice.gov.uk>).

--- *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, 19.3.2013 (<http://lawcommission.justice.gov.uk>).

TIZZANO, A., *Conclusiones en el Asunto C-302/04, Ynos kft contra János Varga*, Luxemburgo, 22.9.2005 (ECLI:EU:C:2005:576).

TORRES PEREA, J.M., “Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 233-265.

TRSTENJAK, V., *Conclusiones en el Asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, Luxemburgo, 29.10.2009 (ECLI:EU:C:2009:682).

--- *Conclusiones en el Asunto C-453/10, Jana Pereničová y Vladislav Perenič contra SOS financ, spol. s.r.o.*, Luxemburgo, 29.11.2011 (ECLI:EU:C:2011:788).

--- *Conclusiones en el Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito S.A. contra Joaquín Calderón Camino*, Luxemburgo, 14.2.2012 (ECLI:EU:C:2012:74).

--- *Conclusiones en el Asunto C-92/11, RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, Luxemburgo, 13.9.2012 (ECLI:EU:C:2012:566).

ULMER, P., “Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk”, en JZ, 10/2001, pp. 491-497.

UREÑA MARTÍNEZ, M., “Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa”, en RdP, n° 12, 2004, pp. 25-48.

VALLE, L., “La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell’Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione”, en *Contr. e impr.*, 6/2011, pp. 1366-1421.

VALCKX, N./ AMIDZIC, G./ ARREGUI, N./ BLANKENHEIM, J./ EHRENTAUD, J./ GRAY, D. et al., "Shadow banking around the globe: How large, and how risky?", en INTERNATIONAL MONETARY FUND, Washington, DC, 2014, *Global Financial Stability Report, October 2014: Risk Taking, Liquidity, and Shadow Banking. Curbing Excess while Promoting Growth*, pp. 65-104.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., "La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor", en *CDT* vol. 5, nº 1, 2013, pp. 199-216 (www.uc3.es/cdt).

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Ilícitud contractual. Supuestos y efectos*, Valencia, 2002.

VIGNERON-MAGGIO-APRILE, S., *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Zurich, 2006.

VILLAREJO GALANDE, H. / SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., "El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios", en *ICCAA* 2008, pp. 81-122.

VON BAR, C., "Eine neue Vertragsrechtsordnung für Europa", en VON BAR, C./WUDARSKI, A. (eds.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, Munich, 2012, pp. 3-11.

VON BAR, C. / CLIVE, E. / SCHULTE-NÖLKE, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, 2009.

VON BAR, C. / CLIVE, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Munich, 2009.

WAHL, N., *Conclusiones en el Asunto C-26/13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, Luxemburgo, 12.2.2014 (ECLI:EU:C:2014:85).

--- *Conclusiones en los Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco, S.A., contra José Hidalgo Rueda, María del Carmen Vega Martín, Gestión Patrimonial Hive, S.L., Francisco Antonio López Reina y Rosa María Hidalgo Vega; Caixabank, S.A., contra Manuel María Rueda Ledesma, Rosario Mesa Mesa, José Labella Crespo, Rosario Márquez Rodríguez, Rafael Gallardo Salvat, Manuela Márquez Rodríguez, Alberto Galán Luna y Domingo Galán Luna*, Luxemburgo, 16.10.2014 (ECLI:EU:C:2014:2299).

WHITFORD, W., "Contract law and the Control of Standardized Terms in Consumer Contracts: An American report", en *ERPL*, Vol. 3, Iss. 2, 1995, pp. 193-210.

WHITTAKER, S., "Unfair Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract", en *LQR* nº 116, 2000, pp. 95-120.

WHITTAKER, S. / ZIMMERMANN, R., "Good faith in European contract law: surveying the legal landscape", en WHITTAKER, S./ZIMMERMANN (eds.), *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, pp. 8-57.

WILHELMSSON, T., "The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts (Art. 1§1, 3§1, 4§2)", en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 1, pp. 94-102. Trabajos de la Conferencia *The Directive on "Unfair Terms", five years later - Evaluation and future perspectives*, organizada por la Comisión Europea y celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999 (<http://ec.europa.eu>).

WILLETT, CH., "General Clauses of Fairness and the Promotion of Values Important in Services of General Interest", en TWIGG-FLESNER, CH./PARRY, D./HOWELLS, G./NORDHAUSEN, A. (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2008*, Hampshire, 2007, pp. 67-106.

--- "The functions of transparency in regulating contract terms: UK and Australian approaches", en *ICLQ*, Vol. 60, Iss. 2, 2011, pp. 355-385.

WITTE, P.J., *Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Münster, 1983.

WOLF, M., "Grundzüge", en GRABITZ, E./HILF, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, vol. IV, Munich, 2009, Teil A 1.

WOLF, M. / UNGEHEUER, C., "Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen - Teil 1", en *JZ*, 2/1995, pp. 77-85.

WOLKMER, A.C., "Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos: Dimensões Emancipadoras", en ROSILLO MARTÍNEZ, A. et al., *Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI*, Porto Alegre, 2008, pp. 181-202.

YANES YANES, P., "El control de la 'cláusula suelo'", en *El Notario del Siglo XXI*, nº 43, 16.5.2012 (www.elnotario.es).

ZEJALBO MARTÍN, J., “Fiscalidad de la modificación y protocolización del valor de tasación de los préstamos hipotecarios”, en *www.notariosyregistradores.com*, 18.8.2014.

ZIMMERMANN, R., “Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law”, en *ERLC*, vol. 8, 4/2012, pp. 367-399.

--- “Interest for Delay in Payment of Money”, en GULLIFER, L./VOGENAUER, S. (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford, 2014, pp. 319-349.

ZUMAQUERO GIL, L., “La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores”, en CAÑIZARES LAZO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 266-287.

ZURILLA CARIÑANA, M.A., “Cláusulas hipotecarias abusivas (Algunas reflexiones a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16.12.2009 y del Juzgado Mercantil nº 2 de Sevilla de 30.09.2010)”, en *SPCS*, Documento de trabajo nº 8/2010 (www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo).